

CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA

INSTITUIÇÕES DE DIREITO CIVIL

Volume VI

Sapere aude

DIREITO
DAS SUCESSÕES

De acordo com o
Novo CPC
e a Lei 13.363/2016

24ª edição
Revisa e atualizada por

Carlos Roberto Barbosa Moreira



Sapere aude

exemplar genérico

A numeração das páginas não
corresponde à paginação original

- A EDITORA FORENSE se responsabiliza pelos vícios do produto no que concerne à sua edição (impressão e apresentação a fim de possibilitar ao consumidor bem manuseá-lo e lê-lo). Nem a editora nem o autor assumem qualquer responsabilidade por eventuais danos ou perdas a pessoa ou bens, decorrentes do uso da presente obra.

Todos os direitos reservados. Nos termos da Lei que resguarda os direitos autorais, é proibida a reprodução total ou parcial de qualquer forma ou por qualquer meio, eletrônico ou mecânico, inclusive através de processos xerográficos, fotocópia e gravação, sem permissão por escrito do autor e do editor.

Impresso no Brasil – *Printed in Brazil*

- Direitos exclusivos para o Brasil na língua portuguesa

Copyright © 2017 by

EDITORA FORENSE LTDA.

Uma editora integrante do GEN | Grupo Editorial Nacional

Travessa do Ouvidor, 11 – Térreo e 6º andar – 20040-040 – Rio de Janeiro – RJ

Tel.: (21) 3543-0770 – Fax: (21) 3543-0896

faleconosco@grupogen.com.br | www.grupogen.com.br

- O titular cuja obra seja fraudulentamente reproduzida, divulgada ou de qualquer forma utilizada poderá requerer a apreensão dos exemplares reproduzidos ou a suspensão da divulgação, sem prejuízo da indenização cabível (art. 102 da Lei n. 9.610, de 19.02.1998).

Quem vender, expuser à venda, ocultar, adquirir, distribuir, tiver em depósito ou utilizar obra ou fonograma reproduzidos com fraude, com a finalidade de vender, obter ganho, vantagem, proveito, lucro direto ou indireto, para si ou para outrem, será solidariamente responsável com o contrafator, nos termos dos artigos precedentes, respondendo como contrafatores o importador e o distribuidor em caso de reprodução no exterior (art. 104 da Lei n. 9.610/98).

- Capa: Danilo Oliveira

1ª edição – 1974

24ª edição – 2017

- Produção Digital: Equiretech
- Data de fechamento da edição: 02.01.2017

- CIP – Brasil. Catalogação na fonte.
Sindicato Nacional dos Editores de Livros, RJ.

P49i

Pereira, Caio Mário da Silva,

Instituições de direito civil – Vol. VI / Atual. Carlos Roberto Barbosa Moreira. –
24. ed. – Rio de Janeiro: Forense, 2017.

Bibliografia.

ISBN 978-85-309-7462-6

Conteúdo. – V. 1. Introdução ao direito civil: teoria geral do direito civil. V. 2.
Teoria geral das obrigações. – V. 3. Contratos. – V. 4. Direitos reais. V. 5. – Direito
de família. – V. 6. Direitos das sucessões. I. Direito civil. II. Direito Civil. – Brasil 1.
Título.

CDU – 347

347 (81)
342.1

Dedico este volume aos novos juristas de meu País.

Minha geração recebeu, sem desmerecê-lo, um legado cultural que conservou e transmite.

Cabe aos jovens aperfeiçoar as instituições, apurar os conceitos e passar aos vindouros uma Pátria maior, mais confiante e melhor dotada.

ÍNDICE SISTEMÁTICO

Prefácio

Introdução

Parte Primeira – Da Sucessão em Geral

Capítulo XCVIII – Princípios Gerais

- 429. Abertura da sucessão
- 430. Transmissão da herança. Herdeiros necessários
- 431. Capacidade (legitimação) para suceder
- 432. Indignidade. Reabilitação do indigno
- 432-A. Sucessão em bens de estrangeiros

Capítulo XCIX – Devolução da Herança

- 433. Aceitação da herança. Benefício de inventário
- 434. Renúncia da herança
- 435. Herança jacente
- 436. Petição da herança
- 437. Cessão da herança

Parte Segunda – Da Sucessão Legítima

Capítulo C – Ordem de Sucessão

- 438. Conceito de sucessão legítima
- 439. Vocação hereditária
- 440. Sucessão por cabeça (Código Civil de 1916)
- 440-A. Sucessão por direito próprio no Código Civil de 2002
- 441. Direito de representação (Código Civil de 1916 e Código Civil de 2002)

Capítulo CI – Sucessão na Linha Reta

- 442. Descendente legítimo (Código Civil de 1916)
- 443. Filiação extraconjugal (evolução até o Código Civil de 2002)
- 444. Filiação adotiva (evolução até o Código Civil de 2002)
- 445. Ascendentes (Código Civil de 1916)
- 445-A. Sucessão na linha reta: Código Civil de 2002

Capítulo CII – Sucessão do Cônjuge e do Companheiro

- 446. Sucessão do cônjuge no Código Civil de 1916
- 446-A. Meação e herança: distinção (Código Civil de 1916 e Código Civil de 2002)
- 447. Evolução do direito sucessório do cônjuge (anterior ao Código Civil de 2002)
- 447-A. Sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002
- 448. União estável: sucessão entre companheiros
- 448-A. Separação de fato dos cônjuges e posterior união estável de um deles: exame da questão
- 448-B. Companheiro: herdeiro necessário?

Capítulo CIII – Sucessão dos Colaterais e do Estado (Código Civil de 1916 e Código Civil de 2002)

- 449. Evolução da sucessão dos colaterais
- 450. Regras disciplinares da sucessão entre colaterais
- 451. Sucessão do Estado

Parte Terceira – Da Sucessão Testamentária

Capítulo CIV – Disposições de Última Vontade

- 452. Natureza e evolução da sucessão testamentária
- 453. Liberdade de testar e herdeiros necessários
- 453-A. A legítima segundo uma abordagem civil-constitucional

Capítulo CV – Do Testamento

- 454. Conceito de testamento

- 454-A. Testamento biológico
- 455. Capacidade para testar
- 456. Capacidade (legitimação) para adquirir por testamento

Capítulo CVI – Formas de Testamentos

- 457. Generalidades sobre as formas testamentárias. Testemunhas
- 457-A. Evolução das formas testamentárias: tendência à simplificação.
Interpretação das normas sobre formas testamentárias
- 458. Testamento público
- 459. Testamento cerrado
- 460. Testamento particular
- 461. Testamento marítimo e aeronáutico
- 462. Testamento militar
- 463. Testamento nuncupativo
- 464. Codicilo

Capítulo CVII – Disposições Testamentárias

- 465. Conteúdo do testamento
- 466. Interpretação do testamento

Capítulo CVIII – Legados

- 467. Objeto dos legados
- 468. Espécies de legados
- 469. Pagamento dos legados
- 470. Caducidade dos legados

Capítulo CIX – Substituições

- 471. Substituição vulgar e recíproca
- 472. Fideicomisso

Capítulo CX – Execução do Testamento

- 473. Testamenteiro
- 474. Direito de acrescer
- 475. Deserdação

Capítulo CXI – Inexecução do Testamento

- 476. Revogação do testamento
- 477. Caducidade das disposições testamentárias
- 478. Redução das liberalidades
- 479. Anulação do testamento
- 479-A. Prazo das ações de invalidade do testamento

Parte Quarta – Da Liquidação da Herança

Capítulo CXII – Inventário

- 480. Início do inventário. Administração provisória da herança
- 481. Herdeiros e cessionários
- 482. Herdeiro único. Adjudicação
- 482-A. Cumulação de inventários

Capítulo CXIII – Andamento Processual

- 483. Processo de inventário
- 484. Arrolamento sumário. Inventário negativo
- 485. Pagamento das dívidas
- 486. Ação de sonegados

Capítulo CXIV – Partilha

- 487. Monte partível. Partilha
- 488. Colação
- 489. Formas de partilha: amigável e judicial. Partilha em vida
- 490. Venda de imóvel. Licitação. Tornas e reposições
- 491. Homologação da partilha
- 492. Garantia dos quinhões hereditários
- 493. Invalidade da partilha: ação anulatória e rescisória

Apêndice – Mestre Caio Mário, 80 anos – Gustavo Tepedino

INTRODUÇÃO

Com o presente volume, versando o “Direito das Sucessões” ficam encerradas as *Instituições de Direito Civil*. São 12 anos de trabalho.

Antes de adentrar nos princípios que o disciplinam, parece-nos proveitoso assentar alguns conceitos básicos e apresentar algumas noções fundamentais. No correr das exposições, haveremos de usar vocabulário técnico, que ora coincide com sua acepção corrente, ora dela se afasta, para tomá-lo em sentido próprio e especial.

1. *Conceitos*. A palavra “suceder” tem o sentido genérico de virem os fatos e fenômenos jurídicos “uns depois dos outros” (*sub + cedere*). Sucessão é a respectiva sequência.

No vocabulário jurídico, toma-se a palavra na acepção própria de uma pessoa inserir-se na titularidade de uma relação jurídica que lhe advém de outra pessoa, e, por metonímia, a própria transferência de direitos, de uma a outra pessoa. Na fórmula feliz de Lacerda de Almeida, implica a continuação de uma pessoa em relação jurídica que cessou para o anterior sujeito e continua em outro.¹

Conforme a sua extensão, diz-se que a sucessão é “a título universal” quando gera a transmissão da totalidade ou de fração ideal do patrimônio ao sucessor, e “a título singular”, quando adstrita a uma coisa ou a um direito determinado. A primeira induz a sub-rogação abstrata na totalidade dos direitos ou uma fração ideal deles, ao passo que a segunda tem em vista a sub-rogação concreta do novo sujeito em determinada relação de direito.

Pode ocorrer por ato de vontade ou por determinação de lei. E pode, ainda, verificar-se em vida (*successio inter vivos*) ou pela morte (*successio causa mortis*). Naquela, a causa da transmissão é a vontade humana, emitida de acordo com a lei, nesta é o fenômeno mesmo da morte, nas hipóteses

legalmente previstas.

Da sucessão *causa mortis*, ou *hereditária*, não se exclui a participação volitiva, que subsiste ao lado da que opera apenas *ope legis*. Esta última chama-se sucessão *legítima*, e aquela outra recebe o nome de *testamentária*, porque o testamento é o instrumento da manifestação de vontade destinado a produzir consequências jurídicas com a morte da pessoa. Tendo-o em consideração, diz-se também “sucessão *ab intestato*” a de uma pessoa que falece sem deixar testamento ou “morre intestada”.

A sucessão legítima sempre será a título universal (*per universitatem*), transmitindo-se aos herdeiros a totalidade do patrimônio do *de cuius*, e a cada um deles uma quota ideal desse patrimônio. *Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum ius quod defunctus habuerit*. A sucessão testamentária pode ser universal, quando o testador institui herdeiro, que lhe sucede em inteira analogia com o herdeiro legítimo; ou pode ser a título singular, quando o testador deixa para alguém uma coisa ou quantia certa (*legado*), e, neste caso, ao legatário se transmite aquele bem ou aquele direito individualmente (*singulatim*).

Cumpre, todavia, esclarecer que o conceito de sucessão universal não significa que os direitos de todos os tipos são transmitidos. Ao revés, alguns não podem sê-lo, como os de família puros (poder familiar, tutela, curatela) ou mesmo alguns de cunho patrimonial (direito real de usufruto). Compreendem-se nela os direitos de crédito, mas nem todos o são, como as obrigações *intuitu personae*, e bem assim as faculdades pessoais.²

Por outro lado, assenta-se que a sucessão a título universal ocorre, sempre, *causa mortis*, lembrando-se todavia o caso excepcional de se verificar *inter vivos* com o casamento celebrado em regime de comunhão de bens.³ No campo das atividades empresariais, consideramos a incorporação de uma sociedade por outra, bem como a fusão de sociedades como modalidades de sucessão universal, segundo hoje se lê, respectivamente, nos arts. 1.116 e 1.119 do Código Civil de 2002 (v. nº 183, *supra*, vol. II).

No presente volume, tratamos da sucessão hereditária, como *modo de adquirir, a título universal ou singular, bens e direitos que passam de um sujeito que morre, aos que lhe sucedem, isto é, passam a ocupar a sua situação jurídica*.

Alguns conceitos devem ser desde logo especificamente assentados, em correspondência com os vocábulos que frequentemente se utilizam.

Autor da herança, sucedendo ou *de cuius* (pessoa de *cuius successionem agitur*) é aquele, por cuja morte se abre a sucessão. Diz-se, também, defunto, falecido, antecessor, morto, finado, inventariado.

Herdeiro ou *sucessor* é quem recebe ou adquire os bens. Conforme se trate de uma ou outra modalidade sucessória, qualifica-se na situação de herdeiro legítimo, ou de herdeiro testamentário. Tomam nome especial de *herdeiros necessários* ou *reservatários* aqueles a quem a lei assegura uma quota certa (metade) do acervo hereditário, limitando desta sorte a liberdade de dispor em testamento. São, em nosso direito, os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (Código Civil de 2002, art. 1.845).

A condição de herdeiros atribuída aos companheiros será objeto de apreciação no nº 448.

Legatário é aquele a quem o testador deixa uma coisa ou quantia, certa, determinada, individuada, a título de legado.

Herança é o conjunto patrimonial transmitido *causa mortis*. Diz-se, também, acervo hereditário, massa ou monte. Numa especialização semântica, como equivalente a espólio, traduz a universalidade de coisas (*universitas rerum*), até que a sua individualização pela partilha determine os quinhões ou pagamentos dos herdeiros.

Sucessão é o direito por cuja força a transmissão se dá. Recebe o qualificativo de legítima ou intestada, quando o *de cuius* não deixa testamento, e sucessão testamentária, em caso contrário.

A ideia genérica de sucessão, tal como acima desenvolvida, especializa-se no objetivo do presente estudo, como a *sucessio mortis causa*. Neste caráter, cuidamos da transferência do patrimônio para os herdeiros e do pagamento dos legados, tudo compondo a parte especial do Direito Civil denominada Direito das Sucessões.

A interferência e intercomunicação dos princípios legais é sempre presente. Embora tratemos aqui do seu aspecto civil, não podemos deixar de considerar que o fenômeno econômico e jurídico da sucessão interessa também ao Direito Processual no que diz respeito ao procedimento judicial do inventário, da abertura e aprovação dos testamentos, e eventualmente da

petição de herança. É objeto do Direito Tributário, no tocante ao imposto de transmissão. É desenvolvido no Direito Administrativo, na Organização Judiciária, e projeta-se no Direito Internacional Privado, em face da sucessão em bens deixados no estrangeiro.

Situamo-nos, porém, no plano civilista, e aqui desenvolvemos o último volume destas *Instituições*, em correspondência com a última parte do Código Civil.

Inventário é o processo judicial (de jurisdição contenciosa, segundo o Código de Processo Civil de 1973 e o novo Código de Processo Civil)⁴, por via de qual se efetua a descrição dos bens da herança, lavra-se o título de herdeiro, liquida-se o passivo do monte, paga-se o imposto de transmissão *mortis causa*, e realiza-se a partilha dos bens entre os herdeiros. Concluído, expede-se o “formal de partilha”, com a discriminação dos haveres que cabem no quinhão dos herdeiros, e compõem os pagamentos. “Carta de adjudicação” quando se tratar de um sucessor somente. O novo Código de Processo Civil mantém o inventário extrajudicial (introduzido, no direito brasileiro, pela Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007), desde que não haja interessado incapaz e o *de cujus* não tenha deixado testamento (art. 610 e §§).

2. *Histórico da sucessão “causa mortis”*. Originariamente, não se cogitou de herança ou de sucessão *causa mortis*. Pertencendo os bens ao grupo e não ao indivíduo, a morte de uma pessoa não lhe alterava o *status* jurídico.

Com o caráter *familiae* da propriedade, desenvolveu-se a ideia de continuação (sucessão) do novo chefe do grupo nos bens que se achavam sob a direção do chefe premorto. A ideia de sucessão somente veio a ganhar corpo com a propriedade individual. E é necessariamente correlata dos conceitos de família e de culto, presentes e unidos na Cidade Antiga. A concepção religiosa exigia que tivesse o defunto um continuador de seu culto, que lhe fizesse os sacrifícios propiciatórios, e lhe oferecesse o banquete fúnebre.⁵

Antes, pois, de ser econômico, o fundamento da sucessão por causa de morte foi religioso: os bens transmitiam-se do defunto ao herdeiro como instrumento propiciatório aos deuses domésticos, e bem assim como meio de continuar na descendência a religião dos antepassados. A unidade da família e a autoridade do seu chefe concorrem, de um lado, na transmissão de pleno

direito e, de outro, na criação do testamento. Depois, desenvolveu-se no outro sentido, ligado à continuação da vida que sugere a continuidade patrimonial. O desejo de segurança inspira a acumulação de haveres; a proteção da prole sugere a sua transmissão. Em Roma, a morte do *pater familias* autorizava os herdeiros a recolher a sucessão, mas igualmente era lícito indicar o defunto os seus sucessores – distinguindo-se, então, as duas modalidades de sucessão *ab intestato*, e a designação *per testamentum*,⁶ para distinguir a situação daquele que falece sem testamento (*intestatus*) e a do que deixa declaração de última vontade (*testatus*).

Com o passar do tempo, ganhou corpo a noção de que a riqueza social é um corolário da riqueza individual: tanto mais rico e poderoso um agrupamento, quanto mais abastados os indivíduos componentes. A conservação e transferência hereditária interessa ao mesmo tempo ao indivíduo e à sociedade.

No curso destas *Instituições* já tivemos ensejo de assinalar o influxo que as tendências sociais, políticas e econômicas de um povo, em cada época, se faz sentir no seu direito de família e no seu direito de propriedade. As mesmas influências notam-se no das sucessões, que, por disciplinar a transmissão dos bens na órbita familiar, recebeu a sintética e feliz caracterização que lhe deu Lacerda de Almeida, de “regime da propriedade na família”,⁷ influência que Cogliolo, igualmente, assinala salientando as suas implicações na sociedade europeia,⁸ e que reputamos aplicáveis à dos povos da América.

No direito moderno, o conceito de sucessão há de diferir necessariamente da Cidade Antiga. Nos tempos mais remotos, a par da predominância religiosa, a posse e a transferência patrimonial envolviam condições de chefia e de autoridade, que o Direito romano muito bem espelhou, não obstante a devassidão e deterioração dos costumes por longo tempo do período imperial. Mais tarde, Roma assimila o espiritualismo cristão, com reflexo no seu direito, a que a Codificação Justinianeia não haveria de ser estranha.

Na Idade Média, o conceito político ligado à propriedade da terra haveria de polarizar o direito hereditário, como afirmação de suserania: o senhor transmitia com a terra o poder que esta lhe proporcionava; o vassalo renovava, no novo *dominus*, o voto devido ao antigo; o servo ao receber a posse da gleba reavivava o voto de subordinação que o ligara ao antecessor.

No direito moderno, a propriedade, posto que individual, é como que assegurada aos membros do grupo familiar, não porque a todos pertença em comum, mas em razão do princípio da solidariedade, que fundamenta deveres de assistência do pai aos filhos, e por extensão a outros membros da família, bem como do filho ao pai, por força do que dispõe o art. 229 da Constituição de 1988. Visa, então, à transmissão hereditária a proporcionar originariamente aos descendentes a propriedade do antecessor, segundo o princípio da afeição real ou presumida, que respectivamente informa a sucessão legítima e a testamentária.

3. *Crítica.* Posto disciplinada a sucessão *mortis causa* em todos os sistemas jurídicos, não deixa a herança de sofrer crítica mais ou menos severa, de pensadores, filósofos, economistas e juristas.

Na linha de mais rude ataque, implanta-se a doutrina socialista, combatendo a propriedade privada dos bens de produção, e, *ipso facto*, a sucessão *causa mortis* neles. Transige, relativamente, com a apropriação dos bens de consumo e de uso, e, quanto a estes, admite a sucessão por morte. O Direito soviético, como expressão sistemática dessa posição doutrinária, regulou (Código Civil Soviético, arts. 416 e segs.) a transmissão hereditária nos bens de consumo, que doutrinariamente se explica.⁹ A ideia-força, central, na matéria, vai ligar-se a determinantes sociais e econômicos mais profundos, se se levar em linha de conta que a sucessão *causa mortis* não se justifica nos regimes infensos à conservação da propriedade privada.

Mesmo sem abraçar a ideia da socialização, sustentam outros a inconveniência econômica e jurídica da sucessão *causa mortis*, sob fundamento do desestímulo que gera, colocando em mãos afortunadas bens para cuja acumulação não concorreram, e que lhes proporcionam facilidades que os dispensam de lutar e produzir, em prejuízo da riqueza coletiva. No plano filosófico, negando-lhe assento no direito natural, desprestigiam-na alguns dos grandes pensadores modernos: Kuntze, Kant, Fichte, Montesquieu, Comte, Pothier, Spencer, Le Play, Stuart Mill.¹⁰

4. *Defesa.* Defendendo a transmissão hereditária, alinham-se os que fazem assentar a riqueza da nação sobre a riqueza individual, ou defendem a transmissibilidade dos bens como meio de desenvolver a poupança e de assegurar na descendência a continuação dos valores acumulados,

estimulando o trabalho e a economia. E procuram apoio no jusnaturalismo de Hugo Grotius e Puffendorf, em nome da liberdade individual, que assegura a propriedade e por via de consequência o direito de dispor dela, assim entre vivos como por causa de morte.¹¹

Descendo ao nível mais próximo de sociologia prática, outros têm sustentado a sobrevivência legislativa da sucessão *causa mortis* como fator de proteção, de coesão e de perpetuidade da família.¹² Contra os que não reconhecem a aquisição da propriedade fora do trabalho, opõem-se os que defendem a autonomia individual na disposição de seus bens, além de enxergar na sucessão *mortis causa* incentivo à poupança e ao trabalho produtivo.¹³ Theodor Kipp entende tão necessária a sucessão *mortis causa* à integração do conceito de propriedade, que a seu ver esta se desfiguraria, convertendo-se em mero usufruto vitalício,¹⁴ se viesse a ser abolida.

A Constituição Federal de 1988, no art. 5º, inciso XXX, enuncia princípio programático: “É garantido o direito de herança.”¹⁵

5. *Solução.* O problema, mais do campo de política legislativa, deve ser posto em termos de análise socioeconômica. Enquanto perdurar a organização do Estado capitalista, fundado no princípio da livre iniciativa, e admitindo a apropriação privada dos bens de consumo e de produção, a herança subsistirá, como consequência natural e necessária. Neste regime econômico, a herança é o consectário lógico do conceito de propriedade privada.

Os seus excessos podem e devem ser corrigidos, mediante o balanço equilibrado de dois princípios: a restrição na ordem de vocação hereditária e a tributação progressiva.

A transmissão aos descendentes e ao cônjuge é a consequência normal desta tendência de filosofia política. A sucessão dos ascendentes já seria um favor do Estado, porque não obedece ao mesmo critério de conservação dos bens acumulados no grupo familiar, e de segurança aos dependentes. A dos colaterais não se compadece com esses princípios econômicos, salvo entre irmãos. Fora deste âmbito, já constitui favorecimento.

Limitada que seja a vocação hereditária aos descendentes, cônjuge, ascendentes e irmãos, completar-se-ia a correção dos excessos com a incidência de imposto progressivo, em face do distanciamento em graus como

do volume transferido. Desta sorte, o Estado, pela tributação, associa-se aos sucessores, na medida em que o valor da herança aumenta e que a necessidade de proteção arrefece. As pequenas heranças seriam isentas na linha descendente. Fora desta qualificação seriam oneradas paulatinamente, com a devolução, à coletividade, de parte do que foi acumulado. Os descendentes e o cônjuge pagariam menos impostos do que os ascendentes; os colaterais sofreriam maior tributação.

Restrita que se obedeça a sucessão legítima, entre colaterais, ao segundo grau civil (irmãos), manter-se-ia a disposição testamentária, subordinada contudo a elevada taxa de fiscalidade. É mesmo difícil, já o diz Trabucchi, justificar a amplitude da vocação sucessória de parentes em grau remoto, na falta de testamento.¹⁶

A par da sucessão *ab intestato*, assim restrita, conservar-se-ia a sucessão testamentária, igualmente balanceada pelo rígido sistema tributário, que teria em vista a natureza social ou individual da instituição. Isenta seria toda aquela que implicasse em restituição dos haveres acumulados, à coletividade, representada pelas entidades de cunho reconhecidamente científico, pedagógico, filantrópico, assistencial. Onerada seria a que destinasse bens da herança a estranhos, ou aos parentes colocados fora deste conceito restrito de família para fins sucessórios (descendentes, ascendentes, cônjuge ou companheiro, irmãos).

A conservação do instituto da sucessão testada encontraria fundamento na necessidade de prover o finado à manutenção ou segurança de dependentes, como de gratificar ou mesmo remunerar pessoas que lhe houvessem prestado serviços ou favores, ou ainda testemunhar o seu afeto, gratidão ou homenagem a quem lhe fosse caro. O tributo (sempre o tributo) coibiria os excessos, em face de sua progressividade.

6. *Plano da obra.* Tratando, neste volume, da sucessão *causa mortis*, dividimo-lo em quatro partes.

Na primeira, discorreremos das noções fundamentais, explicando a abertura da sucessão, aceitação e repúdio da herança, jacência, capacidade sucessória (ou *legitimação para suceder*, na linguagem do novo Código Civil), petição e cessão de herança – sob a epígrafe *Da Sucessão em Geral*.

Na segunda, cuidamos da *Sucessão Legítima*, compreendendo os diversos

aspectos da transmissão hereditária *ope legis*.

Na terceira, *Da Sucessão Testamentária*, devolvemos a que se verifica em obediência ao que dispôs o falecido, dissertamos das várias espécies de testamentos, sua execução, sua inexecução.

E, na quarta, cogitamos do *Inventário e Partilha*, tendo a cautela de não nos perdemos em matéria estranha ao Direito Civil.

7. *Agradecimento*. Ao encerrarmos estas *Instituições*, queremos deixar consignado o nosso agradecimento pela receptividade que as acolheu, estimulando-nos nas horas difíceis.

Mas desejamos recordar o que decerto não passou despercebido aos nossos leitores: o cunho de unidade científica desta obra. A mesma intensidade de pesquisa, o mesmo rigor seletivo, o mesmo critério de exposição, a mesma técnica – em todos os momentos e em todas as passagens.

8. *Nota do atualizador*. O advento do vigente Código Civil (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002) impôs a completa revisão deste vol. VI das *Instituições*, para manter atual a obra, escrita na vigência do Código Civil de 1916, e assim permitir que ela continue a desempenhar adequadamente a finalidade didática que inspirou seu autor. Levando em conta que, relativamente às sucessões abertas até a entrada em vigor do Código Civil de 2002, a ordem da vocação hereditária se define de acordo com as disposições do diploma de 1916 (Lei nº 10.406, art. 2.041), optamos por manter, por ora, a exposição original do autor contida nos Capítulos C, CI e CII, aos quais foram acrescidos números, em que se descreve o sistema da lei atual. Durante pelo menos algum tempo, os profissionais do Direito lidarão ora com sucessões regidas pelo antigo Código, ora com outras abertas já na vigência do novo e a ele submetidas; daí, a nosso ver, a utilidade em preservar intactas as lições do Prof. Caio Mário, ao lado da descrição das regras e princípios sobre o assunto contidos no Código Civil em vigor.

O atualizador deste volume procurou servir-se abundantemente dos manuscritos do próprio autor, a que este se refere no *Prefácio* e que contêm comentários, artigo por artigo, ao Código Civil de 2002. É claro que muito de seu conteúdo já se encontrava espalhado na exposição original das *Instituições*: buscou-se, então, evitar repetições desnecessárias. Algumas das observações extraídas dos manuscritos foram simplesmente inseridas no

texto, de modo a mantê-lo inconsútil, como nas edições anteriores. Por vezes, quando ao atualizador pareceu que certa passagem dos manuscritos estava escrita de modo particularmente expressivo, preferiu ele reproduzi-la, em parágrafo destacado e *em itálico*, inserindo-a entre dois parágrafos do texto original do livro, de maneira a permitir ao leitor a clara identificação de sua paternidade.

O texto desta 24ª edição foi preparado ao longo do ano de 2016, e se encontra atualizado de acordo com o novo Código de Processo Civil (em vigor a partir de março de 2016) e com a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (Estatuto da Pessoa com Deficiência, em vigor a partir de janeiro de 2016).

O julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE nº 878.694-MG – iniciado, mas ainda não concluído, na data em que esta nota foi atualizada – ganha, nesta 24ª edição, o devido destaque, em virtude do impacto que produzirá sobre a matéria deste volume. Porém, somente em futuras edições, após a conclusão do julgamento e a publicação do acórdão, será possível aprofundar o estudo do tema.

Prestes a completar quatorze anos de existência, o “novo” Código Civil passa a ser chamado, simplesmente, “Código Civil” – ou, em determinadas circunstâncias, “Código Civil de 2002”, “Código em vigor”, “Código atual”.

A partir da 20ª edição (de 2013), o volume passou a ser enriquecido com o belo artigo do Professor Gustavo Tepedino (publicado originalmente no jornal *Estado de Minas*, em 09.03.93, e mais tarde incluído na obra *Temas de Direito Civil*, Renovar, 1999), escrito por ocasião do 80º aniversário do autor destas *Instituições*.

A atualização deste volume, para a presente edição, contou, uma vez mais, com a colaboração da advogada Luísa Mello.

¹ Lacerda de Almeida, *Direito das Sucessões*, § 2º; cf., ainda, Luigi Ferri, *Successioni in Generale*, nº 1; Antonio Cicu, *Le Successioni*, vol. I, pág. 3; Inocêncio Galvão Telles, *Conceito Jurídico de Sucessão*, pág. 13.

² Lacerda de Almeida, ob. cit., § 6º, Lafayete, *Direitos de Família*, § 141.

³ Oertmann, *Introduction al Derecho Civil*, pág. 236.

⁴ Embora o novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105, de 16 de março de

2015, em vigor a partir de março de 2016) não tenha empregado a expressão “jurisdição contenciosa”, os autores continuam a dela se utilizar, para distingui-la da chamada “jurisdição voluntária”: cf. Alexandre Freitas Câmara, *O Novo Processo Civil Brasileiro*, Atlas, 2015, pág. 33. Não há dúvida, porém, de que, no sistema do novo diploma, o processo judicial de inventário permanece no âmbito dos “processos contenciosos”: cf. Cassio Scarpinella Bueno, *Novo Código de Processo Civil Anotado*, Saraiva, 2015, págs. 30-31.

- ⁵ Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, págs. 76 e segs.; Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano*, § 186; Hermenegildo de Barros, *Do Direito das Sucessões*, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, págs. 11 e segs.; Westrup *La Sucession Primitive*, Capítulo I.
- ⁶ De Page, *Traité Élémentaire*, vol. IX, nº 3; G. Lepointe, *Les Successions dans l'Ancien Droit*, nºs 29 e segs.
- ⁷ Lacerda de Almeida, ob. cit., *Introdução*, pág. II.
- ⁸ Cogliolo, *Filosofia de Direito Privado*, pág. 298.
- ⁹ Cf. a propósito da posição socialista contra a devolução sucessória: Mazeaud et Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 661.
- ¹⁰ Cf. Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 16; Hermenegildo de Barros, ob. cit., pág. 3; Montesquieu, *De l'Esprit des Loix*. Título XXVI, Capítulo VI; Pothier, *Ceuvres*, anotadas por Bugnet, vol. VIII, pág. 2, nota 1.
- ¹¹ Hugo Grotius, *De Iure Belli ac Pacis*, Livro II, Cap. VII, nº 3; Aurenus, *Cours de Droit Naturel*, vol. II, § 102; Galvão Telles, *Algumas Considerações sobre o Conceito Jurídico de Sucessão*, pág. 10; Nicolò, *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, Parte 1, V, *Successione nel Diritto*; Endemann, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. III, Parte 1, pág. 10.
- ¹² Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nºs 18 e 19; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 2º; Planiol Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire*, vol. III, nº 1.476.
- ¹³ Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 43ª ed., Cedam, 2007, nº 168.
- ¹⁴ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. 1, § 1º.
- ¹⁵ Sobre o art. 5º, XXX, da Constituição Federal, veja-se Carlos Roberto Barbosa Moreira, “Princípios constitucionais e o Direito das Sucessões”, in *Revista Forense*, vol. 390, págs. 45 e segs. (em especial, pág. 48); Ana Luiza Maia Navares. *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, Renovar, 2009, págs. 8 e 170.
- ¹⁶ A afirmação, que efetivamente podia ser encontrada em antigas edições das *Istituzioni di Diritto Civile* – na 5ª, por exemplo, de 1950, a que o atualizador

teve acesso, o trecho citado podia ser lido na pág. 729 (nº 358) –, não consta, porém, de sua 43ª ed. (de 2007), com base na qual se atualizou este volume.

PREFÁCIO

As vésperas de completar 90 anos, tenho a alegria de entregar a uma equipe de destacados juristas os “manuscritos” que desenvolvi desde a versão original do Projeto do Código Civil de 1975, aprovado pela Câmara dos Deputados, em 1984, e pelo Senado Federal, em 1998.

A exemplo dos mais modernos compêndios de direito, com o apoio daqueles que escolhi pela competência e dedicação ao Direito Civil, sinto-me realizado ao ver prosseguir no tempo as minhas ideias, mantidas as diretrizes que impus às *Instituições*.

Retomo, nesse momento, algumas reflexões, pretendendo que as mesmas sejam incorporadas à obra, como testemunho de uma concepção abrangente e consciente das mudanças irreversíveis: a História, também no campo do Direito, jamais se repete.

Considerando que inexistente atividade que não seja “juridicamente qualificada”, perpetua-se a palavra de Del Vecchio, grande jusfilósofo por mim tantas vezes invocado, ao assinalar que “todo Direito é, em verdade, um complexo sistema de valores” e, mais especificamente, ao assegurar que o sistema jurídico vigente representa uma conciliação entre “os valores da ordem e os valores da liberdade”.¹

Em meus recentes estudos sobre “alguns aspectos da evolução do Direito Civil”,² alertei os estudiosos do perigo em se desprezar os motivos de ordem global que legitimam o direito positivo, e da importância de se ter atenção às “necessidades sociais” a que, já há muito, fez referência Jean Dabin.³

Eu fugiria da realidade social se permanecesse no plano puramente ideal dos conceitos abstratos, ou se abandonasse o solo concreto “do que é” e voltasse pelas áreas exclusivas do “dever ser”. Labutando nesta área por mais de sessenta anos, lutando no dia a dia das competições e dos conflitos

humanos, reafirmo minhas convicções no sentido de que o Direito deve ser encarado no concretismo instrumental que realiza, ou tenta realizar, o objetivo contido na expressão multimilenar de Ulpiano, isto é, como o veículo apto a permitir que se dê a cada um aquilo que lhe deve caber – *suum cuique tribuere*. E se é verdade que viceja na sociedade a tal ponto que *ubi societas ibi ius*, também é certo que não se pode abstraí-lo da sociedade em que floresce: *ubi ius, ibi societas*.

Visualizando o Direito como norma de conduta, como regra de comportamento, e esquivando-me dos excessos do positivismo jurídico, sempre conclamei o estudioso a buscar conciliá-lo com as exigências da realidade, equilibrando-a com o necessário grau de moralidade e animando-a com o anseio natural de justiça – esse dom inato ao ser humano.

Não se pode, em verdade, ignorar o direito positivo, o direito legislado, a norma dotada de poder cogente. Ele é necessário. Reprime os abusos, corrige as falhas, pune as transgressões, traça os limites à liberdade de cada um, impedindo a penetração indevida na órbita das liberdades alheias. Não é aceitável, porém, que o Direito se esgote na manifestação do poder estatal. Para desempenhar a sua função básica de “adequar o homem à vida social”, como eu o defini,⁴ há de ser permanentemente revitalizado por um mínimo de idealismo, contribuindo para o equilíbrio de forças e a harmonia das competições.

Assiste-se, por outro lado, à evolução do direito legislado, na expressão morfológica de sua elaboração, como tendente a perder cada vez mais o exagerado tecnicismo de uma linguagem esotérica posta exclusivamente ao alcance dos iniciados. Sem se desvestir de uma linguagem vernácula, há de expressar-se de tal modo que seja compreendido sem o auxílio do misticismo hermenêutico dos especialistas.

Tomado como ponto de partida o Código Civil de 1916, sua preceituação e a sua filosofia, percebe-se que o Direito Civil seguiu por décadas rumo bem definido. Acompanhando o desenvolvimento de cada instituto, vê-se que, embora estanques, os segmentos constituíram uma unidade orgânica, obediente no seu conjunto a uma sequência evolutiva uniforme.

No entanto, as últimas décadas, marcadas pela redemocratização do País e pela entrada em vigor da nova Constituição, deflagraram mudanças profundas

em nosso sistema jurídico, atingindo especialmente o Direito Privado.

Diante de tantas transformações, passei a rever a efetiva função dos Códigos, não mais lhes reconhecendo a missão tradicional de assegurar a manutenção dos poderes adquiridos, tampouco seu valor histórico de “Direito Comum”. Se eles uma vez representaram a “consagração da previsibilidade”,⁵ hoje exercem, diante da nova realidade legislativa, um papel residual.

Como ressalvei no primeiro volume de minhas *Instituições*, buscando subsídios em Lúcio Bittencourt,⁶ “a lei contém na verdade o que intérprete nela enxerga, ou dela extrai, afina em essência com o conceito valorativo da disposição e conduz o direito no rumo evolutivo que permite conservar, vivificar e atualizar preceitos ditados há anos, há décadas, há séculos, e que hoje subsistem somente em função do entendimento moderno dos seus termos”.

O legislador exprime-se por palavras, e é no sentido real destas que o intérprete investiga a verdade e busca o sentido vivo do preceito. Cabe a ele preencher lacunas e omissões e construir permanentemente o Direito, não deixando que as leis envelheçam apesar do tempo decorrido.

Fiel a estas premissas hermenêuticas, sempre considerei a atuação de duas forças numa reforma do Código Civil: a imposição das novas contribuições trazidas pelo progresso incessante das ideias e o respeito às tradições do passado jurídico. Reformar o Direito não significa amontoar todo um conjunto normativo como criação de preceitos aptos a reformular a ordem jurídica constituída.

Em meus ensinamentos sobre a “interpretação sistemática”, conclamei o investigador a extrair de um complexo legislativo as ideias gerais inspiradoras da legislação em conjunto, ou de uma província jurídica inteira, e à sua luz pesquisar o conteúdo daquela disposição. “Deve o intérprete investigar qual a tendência dominante nas várias leis existentes sobre matérias correlatas e adotá-la como premissa implícita daquela que é o objeto das perquirições”.⁷

Estou convencido de que, no atual sistema jurídico, existe espaço significativo para uma interpretação teleológica, que encontra na Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro sua regra básica, prevista no art. 5º: “*Na aplicação da lei, o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige e*

às exigências do bem comum”.

Na hermenêutica do novo Código Civil, destacam-se hoje os princípios constitucionais e os direitos fundamentais, os quais se impõem às relações interprivadas, aos interesses particulares, de modo a fazer prevalecer uma verdadeira “constitucionalização” do Direito Privado.

Com a entrada em vigor da Carta Magna de 1988, conclamei o intérprete a um trabalho de hermenêutica “informado por uma visão diferente da que preside a interpretação das leis ordinárias”.⁸

Ao mesmo tempo, alertei-o acerca do que exprimi como o “princípio da continuidade da ordem jurídica”, mantendo a supremacia da Constituição sobre a legislatura: “Aplica-se *incontinenti*, porém voltada para o futuro. Disciplina toda a vida institucional *ex nunc*, a partir de ‘agora’, de quando começou a vigorar”.⁹ Não obstante o seu caráter imperativo e a instantaneidade de sua vigência, “não poderia ela destruir toda a sistemática legislativa do passado”.¹⁰

Diante do “princípio da hierarquia das leis”, não se dirá que a Constituição “revoga” as leis vigentes uma vez que, na conformidade do princípio da continuidade da ordem jurídica, a norma de direito objetivo perde a eficácia em razão de uma força contrária à sua vigência. “As leis anteriores apenas deixaram de existir no plano do ordenamento jurídico estatal por haverem perdido seu fundamento de validade”.¹¹ Diante de uma nova ordem constitucional, a *ratio* que sustentava as leis vigentes cessa. Cessando a razão constitucional da lei em vigor, perde eficácia a própria lei.

Naquela mesma oportunidade, adverti no sentido de que a nova Constituição não tem o efeito de substituir, com um só gesto, toda a ordem jurídica existente. “O passado vive no presente e no futuro, seja no efeito das situações jurídicas já consolidadas, seja em razão de se elaborar preceituação nova que, pela sua natureza ou pela necessidade de complementação, reclama instrumentalização legislativa”.¹²

Cabe, portanto, ao intérprete evidenciar a subordinação da norma de direito positivo a um conjunto de disposições com maior grau de generalização, isto é, a princípios e valores dos quais não pode ou não deve mais ser dissociada.

Destaco, a este propósito, o trabalho de Maria Celina Bodin de Moraes,

que assume uma concepção moderna do Direito Civil.¹³ Analisando a evolução do Direito Civil, após a Carta Magna de 1988, a autora afirma: “Afastou-se do campo do Direito Civil a defesa da posição do indivíduo frente ao Estado, hoje matéria constitucional”.

Ao traçar o novo perfil do Direito Privado e a tendência voltada à “publicização” – a conviver, simultaneamente, com uma certa “privatização do Direito Público” –, a ilustre civilista defende a superação da clássica dicotomia “Direito Público-Direito Privado” e conclama que se construa uma “unidade hierarquicamente sistematizada do ordenamento jurídico”. Essa unidade parte do pressuposto de que “os valores propugnados pela Constituição estão presentes em todos os recantos do tecido normativo, resultando, em consequência, inaceitável a rígida contraposição”.¹⁴

A autora ressalta a supremacia axiológica da Constituição, “que passou a se constituir como centro de integração do sistema jurídico de direito privado”,¹⁵ abrindo-se, então, o caminho para a formulação de um “Direito Civil Constitucional”, hoje definitivamente reconhecido na Doutrina e nos Tribunais.

Reporto-me, especialmente, aos estudos de Pietro Perlingieri ao afirmar que o Código Civil perdeu a centralidade de outrora e que “o papel unificador do sistema, tanto em seus aspectos mais tradicionalmente civilísticos quanto naqueles de relevância publicista, é desempenhado de maneira cada vez mais incisiva pelo Texto Constitucional”.¹⁶

Diante da primazia da Constituição Federal, os “direitos fundamentais” passaram a ser dotados da mesma força cogente nas relações públicas e nas relações privadas e não se confundem com outros direitos assegurados ou protegidos.

Em minha obra, sempre salientei o papel exercido pelos “princípios gerais de direito”, a que se refere expressamente o art. 4º da Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro como fonte subsidiária de direito. Embora de difícil utilização, os princípios impõem aos intérpretes o manuseio de instrumentos mais abstratos e complexos e requerem um trato com ideias de maior teor cultural do que os preceitos singelos de aplicação quotidiana.¹⁷

Devo reconhecer que, na atualidade, os princípios constitucionais se

sobrepõem à posição anteriormente ocupada pelos princípios gerais de direito. Na Doutrina brasileira, cabe destacar acerca dessa evolução os estudos de Paulo Bonavides sobre os “princípios gerais de direito” e os “princípios constitucionais”.¹⁸

Depois de longa análise doutrinária e evolutiva, o ilustre constitucionalista reafirma a normatividade dos princípios.¹⁹ Reporta-se a Vezio Crisafulli²⁰ ao asseverar que “um princípio, seja ele expresso numa formulação legislativa ou, ao contrário, implícito ou latente num ordenamento, constitui norma, aplicável como regra de determinados comportamentos públicos ou privados”.

Bonavides identifica duas fases na constitucionalização dos princípios: a programática e a não programática, de concepção objetiva.²¹ “Nesta última, a normatividade constitucional dos princípios ocupa um espaço onde releva de imediato a sua dimensão objetiva e concretizadora, a positividade de sua aplicação direta e imediata”.

Conclui o conceituado autor que “desde a constitucionalização dos princípios, fundamento de toda a revolução ‘principal’, os princípios constitucionais outra coisa não representam senão os princípios gerais de direito, ao darem estes o passo decisivo de sua peregrinação normativa, que, inaugurada nos Códigos, acaba nas Constituições”.²²

No âmbito do debate que envolve a constitucionalização do Direito Civil, mencione-se ainda o § 1º do art. 5º do Texto Constitucional, que declara que as normas definidoras dos direitos e das garantias fundamentais têm aplicação imediata. Considero, no entanto, que não obstante preceito tão enfaticamente estabelecido, ainda assim, algumas daquelas normas exigem a elaboração de instrumentos adequados à sua fiel efetivação.²³

Rememorando meus ensinamentos sobre “direito subjetivo” e a centralidade da *facultas agendi* – ressalvadas, é claro, as tantas controvérsias e divergências que envolvem o tema – destaco na conceituação do instituto o poder de ação, posto à disposição de seu titular e que não dependerá do exercício por parte deste último. Por essa razão, o indivíduo capaz e conhecedor do seu direito poderá conservar-se inerte, sem realizar o poder da vontade e, ainda assim, ser portador de tal poder.

Ainda a respeito do direito subjetivo, sempre ressaltei a presença do fator

teleológico, ou seja, “o direito subjetivo como faculdade de querer, porém dirigida a determinado fim. O poder de ação abstrato é incompleto, desfigurado. Corporifica-se no instante em que o elemento volitivo encontra uma finalidade prática de atuação. Esta finalidade é o interesse de agir”.²⁴

Mais uma vez refiro-me aos estudos de Maria Celina Bodin de Moraes, que, apoiando-se em Michele Giorgianni, esclarece: a força do direito subjetivo não é a do titular do direito, e sim “a força do ordenamento jurídico que o sujeito pode usar em defesa de seus interesses”, concluindo que “esta força existe somente quando o interesse é juridicamente reconhecido e protegido”(…).

No âmbito dos direitos subjetivos, destaca-se o princípio constitucional da tutela da dignidade humana, como princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e sistemática ao Direito Civil, ao contemplar espaços de liberdade no respeito à solidariedade social. É neste contexto que Maria Celina Bodin de Moraes insere a tarefa do intérprete, chamado a proceder à ponderação, em cada caso, entre liberdade e solidariedade. Esta ponderação é essencial, já que, do contrário, os valores da liberdade e da solidariedade se excluiriam reciprocamente, “todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um, com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade”.²⁵

Nessas minhas reflexões, não poderia me omitir quanto às propostas de João de Matos Antunes Varela, as quais ajudaram a consolidar minhas convicções, já amplamente conhecidas, no sentido da descodificação do Direito.

Numa análise histórica, o insigne civilista português demonstra que o Código Civil se manteve na condição de “diploma básico de toda a ordem jurídica”, atribuindo ao Direito Civil a definição dos direitos fundamentais do indivíduo. Desde os primórdios das codificações nunca se conseguiu, no entanto, estancar a atividade das assembleias legislativas no que concerne à “legislação especial”, a qual se formava por preceitos que “constituíam meros corolários da disciplina básica dos atos jurídicos e procuravam, deliberadamente, respeitar os princípios fundamentais definidos no Código

Civil”.

O mencionado autor apresenta efetivos indicadores para o movimento de descodificação: o Código Civil deixou de constituir-se o centro geométrico da ordem jurídica, já que tal papel foi transferido para a Constituição; o aumento em quantidade e qualidade da legislação especial; a nova legislação especial passou a caracterizar-se por uma significativa alteração no quadro dos seus destinatários: “As leis deixaram em grande parte de constituir verdadeiras normas gerais para constituírem ‘estatutos privilegiados’ de certas classes profissionais ou de determinados grupos políticos”.²⁶

Refere-se, ainda, aos “microsistemas” como “satélites autônomos que procuram regiões próprias na órbita incontrolada da ordem jurídica (...)” e “reivindicam áreas privativas e exclusivas de jurisdição e que tendem a reger-se por princípios diferentes dos que inspiram a restante legislação”.²⁷

Conclui Varela que a Constituição não pode hoje limitar-se a definir os direitos políticos e as liberdades fundamentais do cidadão e a traçar a organização do Estado capaz de garantir a livre-iniciativa dos indivíduos. “Acima da função de *árbitro* nos conflitos de interesses *individuais* ou de acidental *interventor supletivo* no desenvolvimento econômico do país, o *Estado social moderno* chamou, justificadamente, a si duas funções primordiais: a de promotor ativo do *bem comum* e de garante da *justiça social*”.²⁸

Como Antunes Varela, considero a necessidade de serem preservadas as leis especiais vigentes, salvo a total incompatibilidade com normas expressas do novo Código Civil, quando estaremos enfrentando a sua revogação ou ab-rogação. Alerta-se, no entanto, para a cessação da vigência da lei por força do desaparecimento das circunstâncias que ditaram a sua elaboração. Invoca-se, a propósito, a parêmia *cessante ratione legis, cessat et ipsa lex*.

Entre as causas especiais de cessação da eficácia das leis, não se pode deslembrar a resultante da declaração judicial de sua inconstitucionalidade. Por decisão definitiva do Supremo Tribunal Federal, cabe ao Senado Federal suspender a sua execução, no todo ou em parte (CF, art. 52, X). Portanto, não compete ao Poder Judiciário revogar a lei, mas recusar a sua aplicação quando apura a afronta a princípios fixados no Texto Maior.

Destaque-se, ainda, a Lei Complementar nº 95, de 26 de fevereiro de 1998,

que dispõe sobre a “elaboração, a redação, alteração e a consolidação das leis”, declarando no art. 9º que “*a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas*”.

Outrossim, devemos ser cautelosos ao interpretar o art. 2º, § 2º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, segundo o qual “*a lei nova, que estabeleça disposições gerais ou especiais a par das já existentes, não revoga nem modifica a lei anterior*”. Da mesma forma advertiu Marco Aurelio S. Vianna ao considerar que “a generalidade de princípios numa lei geral não cria incompatibilidade com regra de caráter especial. A disposição especial disciplina o caso especial, sem afrontar a norma genérica da lei geral que, em harmonia, vigorarão simultaneamente”.²⁹

A adequação do Código Civil ao nosso *status* de desenvolvimento representa um efetivo desafio aos juristas nesse renovado contexto legislativo. A minha geração foi sacrificada no altar estadonovista. Quando atingiu a idade adulta e chegou o momento de aparelhar-se para competir nos prêmios políticos, as liberdades públicas foram suprimidas e o restabelecimento custou inevitável garroteamento entre os antigos que forcejavam por ficar e os mais novos que chegaram depois e ambicionavam vencer. A geração atual, que conviveu com as diversas versões do novo Código, busca assimilar as lições realistas do mundo contemporâneo.

Nova diretriz deverá ser considerada para o jurista desse milênio que se inicia. San Tiago Dantas pregava, de forma visionária, a universalidade do comando jurídico, conduzindo à interdisciplinaridade entre os vários ramos jurídicos. Considero, no entanto, que o Direito deve buscar também nas outras ciências, sobretudo naquelas sociais e humanas, o apoio e a parceria para afirmar seus princípios, reorganizando metodologicamente seus estudos e pesquisas. As relações humanas não podem ser tratadas pelo sistema jurídico como se fossem apenas determinadas pelo mundo dos fatos e da objetividade. A filosofia, a psicologia, a sociologia, a medicina e outras ciências indicam novos rumos ao Direito.

Convivendo com um sistema normativo que sempre se contentou com a pacificação dos conflitos, cabe aos juristas, intérpretes e operadores do Direito, assumi-lo com a “função promocional” apregoada por Norberto Bobbio desde a década de setenta. O Código de Defesa do Consumidor, o

Estatuto da Criança e do Adolescente e a Lei de Diretrizes e Bases da Educação representam estrutura legislativa que se projetará como modelo dos diplomas legislativos, nos quais há de prevalecer, acima de tudo, o respeito aos direitos fundamentais.

Devemos, portanto, assumir a realidade contemporânea: os Códigos exercem hoje um papel menor, residual, no mundo jurídico e no contexto sociopolítico. Os “microssistemas”, que decorrem das leis especiais, constituem polos autônomos, dotados de princípios próprios, unificados somente pelos valores e princípios constitucionais, impondo-se, assim, o reconhecimento da inovadora técnica interpretativa.

No que tange ao sexto volume das *Instituições*, contei com o apoio do jurista Carlos Roberto Barbosa Moreira, advogado, membro da Academia Brasileira de Direito Civil e Professor Auxiliar (concursado) de Direito Civil do departamento de Direito da PUC/RJ.

Agradeço o empenho e o desvelo, que tanto engrandeceram a obra. Graças ao seu trabalho, este volume foi acrescido não apenas de meus próprios comentários, como também de referências a outras teses doutrinárias, nacionais e estrangeiras, cuja seleção revela a pesquisa realizada em prol da cuidadosa atualização.

Diante do Código Civil de 2002, espero que minha obra, já agora atualizada, possa prosseguir no tempo orientando os operadores do Direito, os juristas e os acadêmicos do novo milênio, cabendo-lhes, sob a perspectiva da globalização das instituições, o desafio de conciliar critérios de interpretação que resultem na prevalência do bom senso, da criatividade e, por vezes, de muita imaginação.

Caio Mário da Silva Pereira

¹ Giorgio Del Vecchio. *Evoluzione ed Involuzione del Diritto*, Roma, 1945, pág. 11, refere-se a “*un tentativo di conciliazione tra il valore dell’ordine e il valore della libertà*”, muito embora para assegurar um desses valores seja necessário sacrificar correspondentemente o outro.

² Caio Mário da Silva Pereira. *Direito Civil: Aspectos de sua Evolução*, Rio de Janeiro: Forense, 2001.

- 3 Jean Dabin. *Philosophie de l'Ordre Juridique Positif*, Paris, Sirey, 1929, pág. 22.
- 4 Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, Rio de Janeiro, Forense, 2003, vol. I, nº 1.
- 5 Natalino Irti. “L’Età della Decodificazione”, in *Revista de Direito Civil*, nº 10, pág. 16, out./dez. 1979.
- 6 C. A. Lúcio Bittencourt, “A Interpretação como Parte Integrante do Processo Legislativo”, in *Revista Forense*, vol. 94, pág. 9.
- 7 Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, nº 38.
- 8 Caio Mário da Silva Pereira. “Direito Constitucional Intertemporal”, in *Revista Forense*, vol. 304, pág. 29.
- 9 *Idem*, ob. cit., pág. 31.
- 10 *Idem*, ob. cit., pág. 32.
- 11 Wilson de Souza Campos Batalha *apud* Caio Mário da Silva Pereira. “Direito Constitucional Intertemporal”, cit., pág. 33.
- 12 Caio Mário da Silva Pereira. “Direito Constitucional Intertemporal”, cit., pág. 34.
- 13 Maria Celina Bodin de Moraes. “A Caminho de um Direito Civil Constitucional”, in *Revista de Direito Civil*, nº 65, pág. 22, jul./set. 1993.
- 14 *Idem*, ob. cit., pág. 24.
- 15 *Idem*, ob. cit., pág. 31.
- 16 Pietro Perlingieri. *Perfis do Direito Civil: Introdução ao Direito Civil Constitucional*. Trad. de M. C. De Cicco, Rio de Janeiro, Renovar, 1997, pág. 6.
- 17 *Vide Instituições de Direito Civil*, cit., vol.1, nº 13.
- 18 Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, 7ª ed. São Paulo, Malheiros, 1997.
- 19 Paulo Bonavides. *Curso de Direito Constitucional*, cit., pág. 246.
- 20 Vezio Crisafulli. *La Costituzione e sue Disposizioni di Principi*, Milano, 1952, pág. 16.
- 21 *Idem*, ob. cit., pág. 246.
- 22 *Idem*, ob. cit., págs. 261-262.
- 23 Caio Mário da Silva Pereira. “Direito Constitucional Intertemporal”, cit., pág. 33.
- 24 Caio Mário da Silva Pereira. *Instituições de Direito Civil*, vol. I, nº 5.
- 25 Maria Celina Bodin de Moraes. “Constituição e Direito Civil: Tendências”, in *Revista dos Tribunais*, vol. 779, págs. 55 e 59, set. 2000.
- 26 João de Matos Antunes Varela. “O Movimento de Descodificação do Direito

Civil”, in *Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Caio Mário da Silva Pereira*, Rio de Janeiro, Forense, 1984, págs. 507-509.

²⁷ *Idem*, ob. cit., pág. 510.

²⁸ *Idem*, ob. cit., pág. 527.

²⁹ Marco Aurelio S. Vianna, *Direito Civil. Parte Geral*, Belo Horizonte, Del Rey, 1993, pág. 53.

PARTE PRIMEIRA

DA SUCESSÃO EM GERAL

CAPÍTULO XCVIII

PRINCÍPIOS GERAIS

Sumário

429. Abertura da sucessão. **430.** Transmissão da herança. Herdeiros necessários. **431.** Capacidade (legitimação) para suceder. **432.** Indignidade. Reabilitação do indigno. **432-A.** Sucessão em bens de estrangeiros.

Bibliografia

Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 4º e segs.; Lacerda de Almeida, *Direito das Sucessões*, §§ 2º e segs.; Orlando Gomes, *Direito das Sucessões*, 15ª ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, nºs 1 e segs.; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. I, nºs 11 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nºs 13 e segs.; Hermenegildo de Barros, *Do Direito das Sucessões*, in *Manual do Código Civil Brasileiro* (Manual Lacerda), vol. XVIII, págs. 17 e segs.; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 43ª ed., Cedam, 2007, nºs 168 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, § 77; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nºs 1.502 e segs.; Planiol et Ripert, *Traité de Pratique de Droit Civil*, vol. IV, nºs 17 e segs.; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nºs 669 e

segs.; Henri de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, vol. IX, págs. 19 e segs.; Luigi Ferri, *Successioni in Generale*, págs. 57 e segs.; Ludovico Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, n^{os} 14 e segs.; Antonio Cicu, *Le Successioni*, vol. I, págs. 31 e segs.; Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. I, págs. 15 e segs.; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. I, §§ 1^o e segs., e vol. II, § 141; Colin et Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil Français*, vol. III, n^{os} 526 e segs.; Vittore Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. II, n^{os} 1.044 e segs.; Adriano De Cupis, *I Diritti della Personalità*, vol. IV do *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* de Cicu e Messineo, 2^a ed., 1982; Inocência Galvão Telles, *Algumas Considerações sobre o Conceito Jurídico da Sucessão*; Inocência Galvão Telles, *Apontamentos para a História do Direito das Sucessões Portugêses*; Rabindranath Capelo de Souza, *Lições de Direito das Sucessões*, 3^a ed. (2^a reimp.), Coimbra, 1997, vol. I; C. W. Westrup, *La Succession Primitive devant l'Histoire Comparative*; M. G. Lepointe, *La Succession dans l'Ancien Droit*; H. Vialleton, *Les Successions*, págs. 15 e segs.; Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, 2^a ed., Giuffrè, 2002, t. I; Débora Gozzo e Sílvia de Salvo Venosa, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, Forense, 2004, vol. XVI; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, 4^a ed., Forense, 2004, vol. XXI, e “Bioética e presunção de paternidade (considerações em torno do art. 1.597 do Código Civil)”, in *Grandes Temas da Atualidade: Bioética e Biodireito*, coord. Eduardo de Oliveira Leite, 1^a ed., Forense, 2004; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, 2003, vol. XX; Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento”, in *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*, coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira, Del Rey, 2004; José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, Atlas, 2003, vol. XVIII; Umberto Salvestrone, *Della Capacità di Succedere – Dell'indegnità*, Giuffrè, 2003; Mario Calogero, *Disposizioni generali sulle successioni*, Giuffrè, 2006; Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões*, 2^a ed., Quid Juris, 2004; Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, 3^a ed., RT, 2013; Ana Luíza Maia Nevares. *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito*

Sucessório, Renovar, 2009; Michel Grimaldi, *Droit Civil – Successions*, 6ª ed., LITEC, 2001; Philippe Malaurie e Laurent Aynès, *Les Successions – Les Libéralités*, 3ª ed., Défrenois, 2008; Didier Guével, *Droit des Successions et des Libéralités*, LGDJ, 2009.

429. ABERTURA DA SUCESSÃO

No centro dos princípios que compõem o Direito das Sucessões está a ideia de morte. Morte natural, uma vez que o nosso sistema jurídico não conhece o instituto da “morte civil”, a cujo respeito já falamos (v. nº 44, *supra*, vol. I), como em outros sistemas jurídicos deixou também de constituir uma *causa successionis*.¹ Como *causa transmissionis* é o fator genético da aquisição do direito pelos herdeiros. Não existe herança de pessoa viva – *viventis nulla hereditas*. O direito proíbe todo contrato tendo por objeto herança de pessoa viva (nº 187, *supra*, vol. III). Não se reconhece direito adquirido à herança, senão depois da morte, configurando-se mera expectativa, suscetível, portanto, de atingida pela lei nova a herança futura ou de pessoa ainda viva.

Com a morte abre-se a sucessão. Torna-se então indispensável a apuração de sua autenticidade.² A transmissão hereditária opera-se com a morte, que deve ser provada, no plano biológico pelos meios de que se vale a Medicina Legal, e no plano jurídico, pela certidão passada pelo Oficial do Registro Civil, extraída do registro de óbito (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 77).

Por exceção, a lei reconhece a sucessão nos bens do *ausente*, a princípio provisória e depois definitiva, tendo em vista o inconveniente social e econômico da acefalia do patrimônio em razão do afastamento do domicílio (v. nº 425, *supra*, vol. V). Não se qualifica, porém, como sucessão *mortis causa*, e nem os bens do ausente se consideram herança. Na sua causa, na apuração dos requisitos, e nos efeitos existe diferença sensível entre os dois institutos. O que os assemelha é apenas a convocação dos herdeiros sucessíveis, a que se habilitem, e aos quais venham tocar os bens do ausente, como se houvesse ele falecido.

A Lei nº 6.015/73, antes do advento do vigente Código Civil, já admitia a

justificação judicial para o assento de óbito de pessoas desaparecidas em naufrágio, incêndio, terremoto ou qualquer outra catástrofe, quando provada a sua presença no local do desastre e não sendo possível encontrar-se o cadáver para exame (art. 88, *caput*). O Código Civil de 2002 (art. 7º) prevê a declaração judicial da morte presumida, sem decretação de ausência, em dois casos: (a) se for extremamente provável a morte de quem estava em perigo de vida; (b) se alguém, desaparecido em campanha ou feito prisioneiro, não for encontrado até dois anos após o término da guerra. A primeira hipótese já estava abrangida no anterior dispositivo da Lei de Registros Públicos. Quanto à segunda, convém não subestimar sua importância prática, a despeito da regra do art. 4º, nº VII, da Constituição Federal, tendo em vista que os bens situados no Brasil e pertencentes a *estrangeiros*, apenas podem ser inventariados por autoridade judiciária brasileira (Novo Código de Processo Civil, art. 23, nº II), fazendo-se necessária a prova da morte perante ela. O dispositivo também poderá ter aplicação prática nos casos de militares brasileiros que integrem forças internacionais de paz, atuantes no exterior (como ocorrido, em anos recentes, no Timor Leste e no Haiti).

Em qualquer dos dois casos abrangidos pelo art. 7º, cumpre ao juiz fixar a data provável do falecimento (Código Civil de 2002, art. 7º, parágrafo único). Os efeitos da sentença retroagem a essa data.³

Por sua importância histórica, vale mencionar ainda as Leis nº 6.683 (Lei da Anistia), de 28 de agosto de 1979, e nº 9.140, de 4 de dezembro de 1995, que dispuseram sobre o assento de óbito de pessoas envolvidas em atividades políticas e desaparecidas durante período em grande parte coincidente com o do regime militar implantado em 1964.

A morte determina, então, a *abertura da sucessão*, passando os bens do defunto aos seus sucessores, que estejam vivos naquele momento, independentemente de se acharem presentes, ou de qualquer ato seu. Daí dizer-se que a morte é um fato imutável.⁴

Momento. A primeira *quaestio iuris et facti* que se levanta é atinente ao *momento* em que se verifica a transmissão do patrimônio do *de cuius* aos seus herdeiros. E, ao propósito, cumpre referir a mutação dos princípios, através dos tempos e dos sistemas.

Pelo Direito romano havia mister uma distinção: o herdeiro da classe dos

necessários *heredes sui et necessarii* (v. nº 430, *infra*) adquiria a herança independentemente de ato seu, *etiam ignorans et invitus*; os outros, mediante o ato externo da *additio*. Neste último caso, não se dava diretamente do defunto aos herdeiros, mas percorria, ao revés, três trâmites distintos: com a morte, a sucessão ficava aberta (*delata*), e somente com o fato da aceitação (*acquisitio*) se integrava na titularidade do herdeiro; entre a abertura (*delatio*) e a aceitação (*acquisitio*) permanecia a herança em estado de jacência (*hereditas iacens*). Nesta fase intermediária, a herança tinha representante e ação, o que levou a reconhecer-lhe personalidade.⁵ A proposição não é, todavia, unânime, encontrando contradita séria em Savigny.⁶

Droit de saisine. Na Idade Média, institui-se a praxe de ser devolvida a posse dos bens, por morte do servo, ao seu senhor, que exigia dos herdeiros dele um pagamento, para autorizar a sua imissão. No propósito de defendê-lo dessa imposição, a jurisprudência no velho direito costumeiro francês, especialmente no Costume de Paris, veio a consagrar a transferência imediata dos haveres do servo aos seus herdeiros, assentada a fórmula: *Le serf mort saisit le vif, son hoir de plus proche*. Daí ter a doutrina fixado por volta do século XIII, diversamente do sistema romano, o chamado *droit de saisine*, que traduz precisamente este imediatismo da transmissão dos bens, cuja propriedade e posse passam diretamente da pessoa do morto aos seus herdeiros: *le mort saisit le vif*.⁷ Com efeito, no século XIII a *saisine* era referida num *Aviso do Parlement de Paris* como instituição vigente e os *établissements de St. Louis* lhe apontam a origem nos Costumes de Orleans.⁸

Não foi, porém, uma peculiaridade do antigo direito francês. Sua origem germânica é proclamada, ou ao menos admitida, pois que fórmula idêntica era ali enunciada com a mesma finalidade: *Der Tote erbt den Lebenden*.⁹

Em nosso antigo direito, prevalecia a sistemática romana, que foi todavia alterada pelo Alvará de 9 de novembro de 1754, segundo o qual passa aos herdeiros, desde o momento da abertura da sucessão, a posse civil do *de cuius*, com todos os efeitos de posse natural. Mais tarde, foi aquele Alvará confirmado pelo Assento de 16 de fevereiro de 1776, instituindo a transmissão imediata aos herdeiros até o décimo grau, contanto que tivessem direito certo e indubitável à sucessão. Alguns provimentos regulamentares alteraram a sistemática, posto lhe não atingissem a substância. Em suas linhas estruturais

foi, portanto, o princípio fundamental do *droit de saisine* que prevaleceu, com a transmissão imediata e direta, do defunto aos seus herdeiros.

O Alvará de 1754, que se deveu ao propósito de reprimir abusos ocorrentes na tomada de posse de heranças abertas, representa assim marco importantíssimo na evolução de nosso direito sucessório, o que é encarecido por Orosimbo Nonato e desenvolvido por Anna Maria Villela.¹⁰

Sistema atual. Com a promulgação do Código Civil de 1916, ficou assentada a doutrina da transmissão imediata da posse e propriedade: “*Aberta a sucessão, o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários*” (Código Civil, art. 1.572). O mesmo princípio predominou no Projeto de Código Civil de 1965 e no Projeto de 1975, e se viu conservado no Código Civil de 2002, conquanto neste eliminada a referência a “*domínio e posse*” (art. 1.784). É o conceito do *droit de saisine* que ainda vigora na sua essência, e do qual podem ser extraídos os necessários efeitos:

1. Não há falar nas três fases, que o Direito romano estabelecia para a aquisição da herança. A abertura da sucessão dá-se com a morte, e no mesmo instante os herdeiros a adquirem. Em nenhum momento, o patrimônio permanece acéfalo. Até o instante fatal, sujeito das relações jurídicas era o *de cuius*. Ocorrida a morte, no mesmo instante são os herdeiros. Se houver testamento, os testamentários; em caso contrário, os legítimos. Verifica-se, portanto, imediata mutação subjetiva. Os direitos não se alteram substancialmente. Há substituição do sujeito. Sub-rogação pessoal *pleno iure*. É o sistema, aliás, predominante nos países de espírito latino. Nos germânicos há um controle estatal sobre as heranças, especialmente se há suspeita de insolvência; e nos de *common law* a sucessão passa por um período de expurgo ou liquidação do passivo.

2. Não é o fato de ser conhecido, ou de estar próximo que atribui ao herdeiro a posse e a propriedade dos bens. É a sucessão. Não há mister um ato do herdeiro. Não precisa requerer ao juiz o imita na posse. Esta lhe advém do fato mesmo do óbito e é reconhecida aos herdeiros que por direito devem suceder, tal como em o direito anterior se proclamava, adquirindo eles a posse civil com todos os efeitos da natural, e sem que seja necessário que esta se tome (Alvará de 1754, citado).

3. O herdeiro tem a *legitimatio ad causam* para intentar ou continuar as ações contra quem quer traga moléstia à posse, ou pretenda impedir que os herdeiros nela se invistam. Esta legitimação envolve a faculdade de defender a herança contra as investidas de terceiros, não valendo ao esbulhador ou qualquer possuidor ilegítimo a alegação de que ao herdeiro somente cabe uma fração do monte e não a totalidade do acervo.¹¹ Quer dizer: ao herdeiro, embora somente tenha direito a uma fração da herança, é reconhecido o poder defensivo de todo o acervo. No Código Civil de 2002, semelhante legitimação deflui do parágrafo único do art. 1.791, segundo o qual o direito dos coerdeiros, durante a fase de indivisão, “*regular-se-á pelas normas relativas ao condomínio*”.¹² Se, porém, os bens integrantes de cada quinhão forem definidos em testamento (Código Civil de 2002, art. 2.014), a defesa exercida pelo herdeiro se restringirá àquilo que concretamente lhe houver sido atribuído.¹³

4. Se, após a abertura da sucessão, o herdeiro vem a falecer, transmite a propriedade e a posse da herança aos seus sucessores, ainda que não houvesse manifestado a sua aceitação ou praticado qualquer ato em relação a ela, ou mesmo que desconhecesse o passamento do antecessor.

5. Embora os bens, que a compõem, ainda não estejam individualizados e discriminados no quinhão do herdeiro, constitui a herança, em si mesma, um valor patrimonial e, como tal, pode ser transmitido *inter vivos*. A cessão, gratuita ou onerosa, importa na transmissão de toda a herança ou parte dela, de todo o quinhão do herdeiro, ou parte, conforme se desenvolverá adiante, sob a epígrafe “cessão da herança” (v. nº 437, *infra*). E o cessionário assume, em relação aos direitos hereditários, a mesma condição jurídica do cedente.

Embora alterando a redação, o Código Civil de 2002 não mudou o princípio da saisine, oriundo do anterior. Dizia este (art. 1.572) que, com a abertura da sucessão, “o domínio e a posse da herança transmitem-se, desde logo, aos herdeiros legítimos e testamentários”. A nova redação eliminou a referência a “domínio e posse”, substituída a expressão por “a herança”. Substituição redacional inútil, e que traria dúvidas se não fosse sedimentada a ideia de que a posse e o domínio efetivamente transmitem-se, naquele momento. Confirmando-o, o art. 1.791 do Código Civil de 2002 fez expressa menção ao direito dos coerdeiros, “quanto à propriedade e posse da herança”.

430. TRANSMISSÃO DA HERANÇA. HERDEIROS NECESSÁRIOS

Ocorrendo a abertura da sucessão com a morte, suscitam-se indagações relativamente a três ordens de ideias: *quando, onde, e a quem se devolve a herança*. Na resposta ao tríptico questionamento passamos a seguir, completando-o por dizer o que é *objeto* da sucessão hereditária.

1. O *momento* é o da própria morte, conforme exposto acima (nº 429, *supra*), o que, em observação de ordem prática, impõe a fixação do dia e da hora do óbito, porque uma precedência qualquer, mesmo de instantes, já influi na transmissão hereditária.

A determinação de quando se dá envolve o problema da *prova* da morte, que é feita pela *certidão de óbito* passada pelo Oficial do Registro Civil. Na sua falta, vale-se o interessado de outros meios, tais com a justificação em juízo, testemunhas, levantamento pericial.¹⁴ O que se não admite é que se considere aberta a sucessão, em vida da pessoa, observando-se a respeito da ausência o que ficou acima explicado (nº 429, *supra*).

Com a morte, ocorre a delação da herança, no sentido de que é *oferecida* a quem possa adquiri-la.¹⁵

2. O *lugar* é o *último domicílio do falecido*, ainda que o óbito se dê em localidade diversa, ou que os bens sejam sitos em outro lugar. A regra, enunciada no Código Civil de 1916 (art. 1.577), permanece no de 2002 (art. 1.785). O domicílio é a sede jurídica da pessoa (v. nº 63, *supra*, vol. I), como também do patrimônio do *de cuius*.¹⁶ Se não coincidirem a *residência* e o *domicílio*, prevalece este último. Afastado dele em caráter eventual ou permanente, dentro ou fora do país, a abertura da sucessão no último domicílio resolve grande número de questões, especialmente quanto à competência do foro para os processos relativos à herança: abertura do inventário, petição de herança, investigação de paternidade, ações relativas aos bens da herança e à validade ou ao cumprimento de disposições de última vontade, a cujo respeito se litigará no foro do último domicílio, ainda que situados em comarca diversa,¹⁷ ressalvadas as hipóteses previstas na lei processual (novo Código de Processo Civil, art. 48, parágrafo único).

Se o de cuius tiver mais de um domicílio, não se podendo determinar qual deles é o último, considera-se aberta a sucessão no lugar do óbito. Se este

ocorrer em local diverso, qualquer dos domicílios pode ser considerado lugar de abertura da sucessão.

No Direito Internacional Privado, a regra sofre contraditas. Recebeu acolhida em nossa Lei de Introdução (art. 10), e bem assim no Anteprojeto da Lei Geral de Aplicação das Normas Jurídicas, elaborado por Haroldo Valladão, o princípio que submete a sucessão por morte à lei do país em que era domiciliado o defunto.

3. A herança devolve-se aos *herdeiros* legítimos e testamentários. E, como ocorre no momento mesmo da morte, requer a *sobrevivência do sucessor*, por fração ínfima que seja, de tempo.

Há mister, portanto, evidenciar esta sobrevivência, para se determinar se o herdeiro era vivo ao tempo da abertura da sucessão. Cresce de ponto o problema, no caso de falecerem em consequência do mesmo fato (um acidente aeronáutico, um naufrágio, um incêndio etc.), pessoas que sejam entre si parentes sucessíveis. Na apuração de qual delas precedeu a outra, na morte, recorre-se a todo gênero de provas: determinação médico-legal, audiência de testemunhas, coleta de elementos concretos, indícios. Se, não obstante, se não chegar a um resultado positivo, socorre-se o jurista das *praesumptiones legis*, segundo a orientação dominante nos sistemas jurídicos. O francês, como o romano, atenta para diversas circunstâncias conjugadas: a idade e o sexo. O direito brasileiro, como o alemão, o italiano atual, o Código português (de 1966), opta pela presunção de *simultaneidade do óbito*, vale dizer: entende que, se dois ou mais indivíduos falecerem na mesma ocasião, e não for possível averiguar qual deles sobreviveu, presumir-se-ão simultaneamente mortos (Código Civil de 1916, art. 11; Código Civil atual, art. 8º; v. nº 45, *supra*, vol. I). A matéria é subordinada ao título genérico da “comoriência”, e é desenvolvida sob esta epígrafe em todos os autores civilistas, nossos, como estrangeiros. Correlata à indagação a respeito da pessoa a *quem* a herança se transmite, é a apuração da *capacidade sucessória*. A expressão é aceitável, no sentido de se saber se o que se apresenta como sucessor é aquele que é chamado por força de lei ou por vontade do *de cuius* (vocação hereditária), segundo o que desenvolveremos em seguida (v. nº 439, *infra*). No Código Civil de 2002, deu-se, porém, preferência à expressão “legitimação para suceder” (arts. 1.787 e 1.798).

Dizendo que a herança se devolve ou é oferecida aos herdeiros legítimos e testamentários, assenta o vigente Código Civil (art. 1.784), na linha do anterior (art. 1.572), a coexistência simultânea das duas espécies de sucessão: a legítima e a testamentária. Outrora incompatíveis, segundo a parêmia *nemo pro parte testatus et pro parte intestatus decedere potest*, a sucessão legítima não tinha lugar se o defunto deixara testamento.¹⁸

Pelo nosso direito, é livre ao testador (Código Civil de 2002, art. 1.786) dispor sobre parte de seus bens, aplicando-se ao remanescente as regras da sucessão legítima. Do princípio extraem-se, pois, as devidas consequências (art. 1.788): *a)* Não havendo testamento, são chamados a suceder os herdeiros na ordem prevista em lei (nº 439, *infra*); *b)* Anulado o testamento, ou caducando, dar-se-á a sucessão como se nunca tivesse havido declaração de última vontade; *c)* Outro tanto ocorrerá em relação aos bens não compreendidos no testamento, a cujo respeito são chamados a suceder os herdeiros legítimos, ainda que tenham sido contemplados pelo testador; *d)* Sucedem os herdeiros legítimos nos bens que ultrapassem a parte considerada indisponível por lei, porque constitui ela a reserva dos *herdeiros necessários*.¹⁹

Herdeiros necessários. Conciliando o princípio da liberdade de testar com o respeito devido aos direitos dos parentes mais chegados, a lei institui a classe dos *herdeiros necessários*. O conceito difere do que prevalece em Direito romano, em razão da organização político-teocrática da família, a que nos referimos no vol. V, nº 369. Ali “necessário” era sinônimo de “obrigatório” e a necessidade prendia-se à compulsoriedade da aceitação, por parte dos que se achavam *in potestate* do defunto. Mesmo contra vontade, os herdeiros desta classe, denominados *heredes sui et necessarii*, tinham o dever de aceitar a herança. O defunto não podia ficar sem os continuadores de seu culto. Na falta dos *agnati*, a quem passasse a *hereditas*, e como o herdeiro testamentário sucedia também nos débitos, e por isso mesmo a aceitação da herança poderia ter o efeito de comprometer-lhe o patrimônio, estabeleceu-se que também seria herdeiro necessário, e como tal sucessor compulsório (*sive nolit*), o escravo como tal instituído.

No direito moderno, o conceito modificou-se: herdeiro necessário é o da classe dos descendentes, dos ascendentes e o cônjuge sobrevivente, conforme estabelece o art. 1.845 do Código Civil de 2002,²⁰ denominado ainda

legitimário ou *reservatário*, porque a ele pertence ou é reservada a metade dos bens do *de cuius*.²¹ A outra metade pode ser livremente disposta em vida ou por morte, isto é, distribuída em doação ou destinada em testamento. Naquilo em que ultrapassarem, porém, esse limite, anula-se a disposição ou a doação. A propósito da liberdade de testar, voltaremos adiante (nº 453) e a respeito da redução das disposições testamentárias e das liberalidades cuidaremos em o nº 478. Agora, deixamos assentado que, em havendo herdeiros necessários, isto é, descendentes, ascendentes ou cônjuge, o direito de disposição é restrito. No direito anterior ao Código Civil de 1916, limitava-se à terça parte; tanto no regime do Código de 1916 (art. 1.576) quanto no do Código de 2002 (art. 1.789), à metade.

Tal qualificação sempre sustentamos que deveria estender-se ao cônjuge sobrevivente, variando contudo a fração disponível, segundo fosse o casamento em regime de separação ou de comunhão de bens (v. nº 447, *infra*). Assim nos manifestamos na Comissão elaboradora do Projeto de Código Civil de 1965, e assim nos pronunciamos em Crítica ao Anteprojeto de 1972.²² A Lei nº 6.515, de 1977, no rumo da nossa crítica, inseriu o cônjuge sobrevivente, na falta de descendentes e ascendentes, qualificando-o herdeiro necessário. O Código Civil de 2002, a respeito, não deixa margem a dúvidas, representando o ponto de chegada de uma lenta evolução de nosso direito.

Constituía séria controvérsia no sistema legal do Código de 1916 e da subsequente legislação extravagante, na doutrina e nos tribunais, a condição de herdeiro(a) do(a) companheiro(a), superada após a entrada em vigor da Lei nº 8.971/44 e da Lei nº 9.278/96, e, mais recentemente, do Código Civil de 2002, o que será objeto de maiores exames em o nº 448, *infra*.

A conciliação entre a liberdade de testar (que será objeto de considerações especiais em o nº 453, *infra*) e o instituto dos herdeiros necessários funda-se em que: a) de um lado, a ordem jurídica reconhece ao *dominus* dispor dos seus próprios bens, como consectário natural do direito de propriedade; e, b) de outro lado, o direito entende assegurar a certos herdeiros proteção contra as influências da idade, das afeições mal dirigidas, e até paixões impuras que assaltem o disponente na quadra avançada de sua vida.

As restrições a essa liberdade são um ponto diferencial a mais, entre o Direito moderno e o romano, que as não conhecia ou impunha, como faz certa

a *Tabula V*, 3, integrante das XII, nestes termos: *Uti legassit paterfamilias super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto.*²³

Objeto. E finalmente há que cogitar do objeto da sucessão *causa mortis*. Em princípio, diz-se que a abertura da sucessão implica na mutação subjetiva do patrimônio, que se transmite aos herdeiros legítimos e testamentários. A noção é correta, no sentido de que todo o complexo de valores positivos e negativos passa aos sucessores, *ut universitas*. Não se estendem, todavia, aos herdeiros todos os direitos e todas as obrigações do falecido. Alguns, por sua natureza personalíssima, se extinguem com a morte, como sejam os direitos de família puros, os direitos políticos e, em regra, os *direitos da personalidade*, ressalvada, quanto a estes, alguma exceção prevista em lei (Código Civil de 2002, art. 11): *de lege lata*, é o caso de certos *direitos morais do autor*, os quais, embora passíveis de inserção naquela categoria doutrinária,²⁴ são, todavia, transmissíveis *causa mortis* (Lei nº 9.610, de 19 de fevereiro de 1998, art. 24, § 1º).²⁵

Outros, não obstante a sua patrimonialidade, não sobrevivem nos herdeiros, dada a sua inerência à pessoa do *de cuius*, como o uso, o usufruto, o direito de preferência concedido ao vendedor (Código Civil de 2002, art. 520). De fora parte esses e outros que especialmente se excluem, os herdeiros sub-rogam-se nas relações jurídicas do defunto; não somente no ativo patrimonial, como também no passivo, posto que limitado às forças da herança, como adiante se verá, em o nº 433, *infra*.²⁶

O direito de exigir reparação, decorrente de ato ilícito, e a obrigação de prestá-la transmitem-se com a herança (Código Civil de 2002, art. 943). De acordo com o art. 8º da Lei nº 8.429, de 2 de junho de 1992 (Lei de Improbidade Administrativa), responde pelas obrigações que poderiam ser impostas ao *de cujus* o sucessor “daquele que causar lesão ao patrimônio público ou se enriquecer ilicitamente”, “até o limite do valor da herança”.

A propósito da *transmissão das obrigações*, merece especial atenção o *contrato preliminar*. Gerando a obrigação de celebrar o contrato definitivo, obriga os herdeiros do devedor. Ele ainda não constitui o contrato definitivo, mas já é um negócio jurídico perfeito e acabado, que transmite aos sucessores do obrigado o compromisso do *de cuius* (v. nº 200, *supra*, vol. III). Como dele nasce uma *obligatio faciendi*, a recusa dos herdeiros a outorgar o contrato

principal sujeita-os às perdas e danos ou, no sistema do Código Civil de 2002, à sentença judicial que venha a “*suprir a vontade da parte inadimplente, conferindo caráter definitivo ao contrato preliminar*” (art. 464). Se se tratar de promessa de compra e venda de imóveis, com força de ônus real (v. nº 365, *supra*, vol. IV), o promitente comprador tem contra os herdeiros do promitente vendedor, analogamente, ação para compeli-los a dar-lhe a escritura de compra e venda, valendo a sentença pelo título recusado (Código Civil de 2002, art. 1.418).²⁷

Ainda no terreno da transmissão das obrigações, tem-se discutido se é ou não transmissível o direito à indenização por dano *moral* sofrido pelo *de cujus*. Na jurisprudência, encontram-se tanto acórdãos que adotaram a tese da *intransmissibilidade* (RSTJ, 150/324 ou *Revista Forense*, 364/345), como outros (agora predominantes) em sentido contrário (RSTJ, 160/281 ou *Revista Forense*, 366/223; RSTJ, 214/89). Doutrinariamente, tem prevalecido a tese da *transmissibilidade*.²⁸

Não constitui herança o capital estipulado, no seguro de vida ou de acidentes pessoais, conforme o art. 794 do Código Civil de 2002.

431. CAPACIDADE (LEGITIMAÇÃO) PARA SUCEDER

O princípio cardeal do direito sucessório é a transmissão imediata dos bens aos herdeiros legítimos e testamentários (nº 429, *supra*), subordinada obviamente a que tenham *capacidade para suceder* (na linguagem do Código Civil de 2002, *legitimação para suceder*). Não basta ao herdeiro invocar a sua vocação hereditária. É preciso, ainda, seja ele capaz, e não indigno.²⁹ Mas não se confunde capacidade sucessória (ou legitimação para suceder) com capacidade civil, ou poder de ação no mundo jurídico (v. nº 48, *supra*, vol. I). Deve entender-se em acepção estrita de *aptidão da pessoa para receber os bens deixados pelo falecido*. Assim é que uma pessoa pode ser incapaz para os atos da vida civil, e não lhe faltar capacidade para suceder; e *vice-versa*, incapaz de suceder, não obstante gozar de plena capacidade para os atos da vida civil.³⁰ Neste sentido restrito, a incapacidade sucessória (ou, no sistema do Código Civil de 2002, *falta de legitimação para suceder*) identifica-se como *impedimento legal*, para adir à herança.

Em linha de princípio, grandes mutações foram introduzidas, com a abolição de preconceitos e pré-juízos que outrora envolviam os estrangeiros, os clérigos, os sectários de religião não oficial, os escravos etc. Hoje o problema simplificou-se ao extremo, mas nem por isso é despidiindo indagar se o parente em grau sucessível é de fato herdeiro.

A doutrina dos não sucessíveis cinge-se à indagação dos que não sofrem restrição à faculdade aquisitiva da herança. E, neste passo, impera o princípio de sua definição segundo a lei vigente no momento em que se abre a sucessão (Código Civil de 2002, art. 1.787). Nenhuma vacilação legal modifica o poder aquisitivo do herdeiro, ocorra ela antes ou depois do óbito.³¹ O que cumpre examinar é o *momento* deste.

A capacidade sucessória (legitimação para suceder) não se altera. Poderá o herdeiro abster-se de adir à herança (nº 434, *infra*), ou perder o seu direito à herança, *por indignidade ou deserdação*, mesmo que já esteja na posse dos bens da herança. Tudo, porém, em face da circunstância de ser apto a herdar, na data da morte.

A apuração da capacidade sucessória decorre da verificação de um conjunto de pressupostos que se resumem nestas duas circunstâncias: a existência para fins de sucessão e a sua *convocação* para receber por causa de morte.

1. *Existência*. O chamado à sucessão deve *existir* no momento da delação da herança. Esta não se defere no vazio, não se transmite ao nada.³² Se naquele instante o herdeiro já é morto (Ruggiero e Maroi, Planiol, Ripert *et* Boulanger, De Page), defere-se a herança aos outros de sua classe, ou aos da imediata, se for ele o único. Diz-se, pois, com razão, que a delação da herança pressupõe que o herdeiro exista e seja conhecido – *nescitur ubi sit et an sit* –, pois, do contrário, será chamada outra pessoa que atenda a esses pressupostos.³³ Este requisito, definido no vocábulo *coexistência* (Carlos Maximiliano), deve-se apreciar com a devida cautela, pois comporta suas exceções.

A) Defere-se a sucessão ao nascituro, desde que já concebido no momento da abertura da sucessão (*herdeiro póstumo*). Posto lhe falte personalidade, é certo que *nasciturus pro iam nato habetur quum de eius commodis agitur*. Nomeia-se-lhe curador (curador ao ventre – v. nº 423-B, *supra*, vol. V), pois

que *melius est intacta iura servare quam, vulnerata causa, remedium quaerere*. Adquire de imediato a propriedade e a posse da herança, como se já fosse nato desde o momento da abertura da sucessão.

Se, porém, nasce morto, deve ser considerado como se nunca tivesse existido.³⁴ O que morreu, ainda que apenas um instante antes da abertura da sucessão, não é chamado a herdar.³⁵

B) Caso especial é o da morte da mãe no trabalho de parto, ou quando o filho é retirado das entranhas da genitora falecida em consequência de acidente ou colapso. Não se nega ao filho legitimação para suceder, embora não haja coexistido com a sua mãe.

C) É válida a disposição testamentária contemplando a prole eventual de determinada pessoa, ou estabelecendo uma substituição (v. n^{os} 456 e 471, *infra*), como lícita a deixa para uma pessoa jurídica ainda não constituída. Em tais casos, a transmissão hereditária é *condicional*, subordinando-se a aquisição da herança a evento futuro e incerto. O Código Civil de 2002, procurando dar solução explícita ao problema do *prazo de espera* para que ocorra a concepção do sucessor testamentário, fixou-o em dois anos, contados da abertura da sucessão: assim, se, a qualquer tempo dentro do biênio, nascer com vida o herdeiro esperado, tudo se passa como se já estivesse vivo ao tempo da morte do testador (art. 1.800, § 3º); se, no mesmo prazo, ocorrer ao menos a concepção, deve-se aguardar o nascimento do sucessor e o implemento da condição; se, porém, escoar-se o prazo sem que ocorra a concepção, os bens reservados, salvo disposição em contrário do testador, caberão aos herdeiros legítimos (art. 1.800, § 4º), caducando a disposição testamentária. Enquanto não encerrado o prazo ou até que nasça, com vida, o herdeiro esperado (se tal nascimento se der antes do termo final do biênio), os bens da herança serão confiados, após a liquidação ou partilha, a curador nomeado pelo juiz, cujos poderes, deveres e responsabilidades regem-se, no que couber, pelas disposições concernentes à curatela dos incapazes, e cuja identidade há de ser definida no próprio testamento, recaindo o encargo, na falta de nomeação, na pessoa cujo filho o testador esperava ter por herdeiro (art. 1.800, §§ 1º e 2º).

O termo “*herdeiro*” deve aí merecer interpretação *extensiva*, para também abranger legatários, uma vez que se trata de hipótese de nomeação de

sucessor testamentário.³⁶

Pode o testador reduzir ou dilatar³⁷ o prazo do § 4º do art. 1.800 do Código Civil de 2002, valendo o que estabelecer. Caducando a deixa, opera-se, em favor dos herdeiros legítimos, se houver, o direito de acrescer. O testador pode dispor diferentemente, designando outra pessoa, física ou jurídica, a quem se destinem os bens reservados ao concepturo (substituição vulgar do art. 1.947 do Código Civil de 2002). Poderá, igualmente, utilizar o fideicomisso, caso em que no fiduciário consolida-se a propriedade plena, em analogia com a morte do fideicomissário.

O *onus probandi* da existência como pressuposto necessário incumbe ao interessado na herança, a ser feita pessoalmente ou por seu representante.³⁸

O nosso direito não exige o requisito da viabilidade, que o francês inscreve como elementar na capacidade sucessória.³⁹

Procriação artificial e sucessão legítima – A assombrosa evolução científica das últimas décadas sugere ao jurista, em tema de sucessão legítima, problema nem de longe versado no Código Civil de 1916, mas que necessariamente deve ser agora enfrentado à luz dos arts. 1.597 e 1.798 do novo diploma. Referimo-nos a uma possível legitimação sucessória das pessoas *concebidas em processos de reprodução assistida*, quando a concepção se der *após* a abertura da sucessão.⁴⁰

Em disposição infeliz, o Código de 2002 (art. 1.597) afirma que *se presumem* “concebidos na constância do casamento” os filhos “havidos por fecundação artificial homóloga, mesmo que falecido o marido” (nº III). Em realidade, ocorrendo a concepção, por processo artificial, depois da morte do pai, não há que *presumir* sua contemporaneidade com um casamento *sabidamente* dissolvido por aquele óbito anterior: a hipótese é, claramente, de *ficção jurídica*, e não de verdadeira presunção.

Resta saber como semelhante “presunção” (*rectius*, ficção) se harmoniza com a regra do art. 1.798, que apenas reconhece legitimação sucessória às “pessoas nascidas ou já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Se o filho havido artificialmente, após a morte do pai, reputa-se concebido “na constância do casamento”, estaria aparentemente preenchido o requisito para sua legitimação sucessória: seria ele, para os efeitos legais, um nascituro (e

não mero *concepturo*), plenamente equiparado ao que, já concebido por processo natural, apenas não houvesse ainda nascido quando da abertura da sucessão.

Considerações de ordem puramente prática têm sido, por vezes, invocadas para justificar a falta de legitimação sucessória de filhos artificialmente concebidos *post mortem*: “Toda a dinâmica da sucessão está arquitetada tendo em vista um desenlace da situação a curto prazo. Se se admitisse a relevância sucessória destas situações nunca seria praticamente possível a fixação do mapa dos herdeiros e o esclarecimento das situações sucessórias. E a partilha que porventura se fizesse hoje estaria indefinidamente sujeita a ser alterada” (José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Sucessões*, 5ª ed., Coimbra, 2000, nº 73, pág. 128).

A questão, no Brasil, é particularmente complexa, tendo em vista a regra constitucional da absoluta igualdade de direitos entre os filhos (Constituição Federal, art. 227, § 6º). Se, na sucessão legítima, são iguais os direitos sucessórios dos filhos, e se o Código Civil de 2002 trata os filhos resultantes de fecundação artificial homóloga, posterior ao falecimento do pai, como se houvessem sido “concebidos na constância do casamento”, como justificar, ao menos *de lege lata*, a exclusão de seus direitos sucessórios?

A doutrina formada a partir do advento do Código Civil de 2002 divide-se em relação àqueles filhos:

(a) para uns, não têm legitimação sucessória (Jussara Maria Leal de Meirelles, “Os Embriões Humanos Mantidos em Laboratório e a Proteção da Pessoa: o Novo Código Civil Brasileiro e o Texto Constitucional”, in *Novos Temas de Biodireito e Bioética*, org. por Heloisa Helena Barbosa e outros, Renovar, 2003, pág. 89; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.800);⁴¹

(b) para outros autores, tais pessoas têm legitimação sucessória, cabendo-lhes reivindicar sua parte na sucessão por meio de ação de petição de herança, caso já efetivada a partilha ao tempo de seu nascimento (Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *Capacidade para testar...*, pág. 208;⁴² Débora Gozzo, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, comentário ao art. 1.787; Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, nº 12.2.).

Na hipótese de pessoas nascidas do desenvolvimento de *embriões*

excedentários (Código Civil de 2002, art. 1.597, nº IV), deve prevalecer o entendimento de que têm legitimação para suceder, em virtude de já estarem efetivamente *concebidas* ao tempo do óbito do *de cujus* (permitindo, por isso, a incidência da regra do art. 1.798 do Código Civil de 2002).⁴³

Pessoa jurídica. Cabe aqui desenvolver a capacidade sucessória da pessoa jurídica. Não devendo ser chamada a suceder *ab intestato*, pode, entretanto, ser instituída herdeira testamentária.⁴⁴

A sua capacidade pressupõe, essencialmente, a existência legal, que começa da inscrição de seu ato constitutivo no registro respectivo (Código Civil de 2002, art. 45).

Considerando-se particularmente as *fundações*, já vimos que é válida a sua criação por deixa testamentária (v. nº 62, *supra*, vol. I), permanecendo patrimônio afetado a esta finalidade e como tal imobilizado, incorporando-se na entidade desde que receba ela a sua personificação, com o preenchimento dos requisitos da lei. O vigente Código Civil contempla, de maneira explícita, a hipótese (art. 1.799, III).

O inciso III do art. 1.799 do Código Civil de 2002 usa um circunlóquio desnecessário para atribuir validade à deixa testamentária destinada a constituir uma fundação. A matéria já foi polêmica no passado. Hoje não se discute mais a validade da constituição de uma fundação por testamento (art. 62), considerando-se fundador o próprio disponente.

Não cabe a instituição hereditária de pessoa jurídica de outra espécie, se não estiver já constituída. Tolerar-se, todavia, a deixa a uma pessoa física, para que transmita os bens a um ente moral, *sub conditione* de se constituir regularmente.⁴⁵

*O inciso II do art. 1.799 do Código Civil de 2002 refere-se às pessoas jurídicas, e tem em vista as que já estejam constituídas. Quanto às que o não estejam, poder-se-á valer o testador da substituição fideicomissária, consolidando-se o direito do fiduciário se se não constituir a pessoa jurídica. Válido será, também, o legado a alguém, com a finalidade de se destinar a pessoa jurídica *in fieri*.*

Admite-se, igualmente, que a instituição hereditária permaneça deferida a uma sociedade ainda não legalmente constituída (*sociedade de fato*),

aguardando-se torne em sociedade regular quando, então, opera-se a transmissão⁴⁶ (v. nº 456, *infra*).

Não convindo permaneça a incerteza, é aconselhável a assinatura de um prazo para se promover a regularização do favorecido.⁴⁷

A pessoa jurídica em liquidação não pode, entretanto, receber *causa mortis*, porque já cessou de direito a sua existência, prolongando-se sua personalidade de fato em função somente dos atos necessários à liquidação patrimonial.⁴⁸

Animais ou coisas. Somente o homem pode adquirir *causa mortis*, e as pessoas jurídicas por causa dos homens (*hominum causa*). Não há, pois, falar em sucessão de qualquer espécie, em favor de coisa inanimada, ou de um irracional. As coisas não podem ser sujeitos de direito (v. nº 6, *supra*, vol. I), e, então, falta-lhes legitimação para suceder. A regra não perde a sua exatidão jurídica, quando se admite a herança ou o legado a uma pessoa, com o encargo de cuidar de certa coisa, seja esta imóvel ou móvel, inanimada ou semovente, pois que o herdeiro instituído é a pessoa; os cuidados com a coisa ou o animal constituirão encargo a ela imposto (v. nº 456, *infra*).

Neste campo estão os *legados pios*, a instituição hereditária de bens de mão morta, igrejas, dioceses, etc. A sua validade está subordinada ao princípio da existência jurídica do beneficiado (nº 456, *infra*).

2. *Vocação hereditária.* Para adquirir por causa de morte, há de ocorrer o *chamamento* ou *vocação* do herdeiro, que se pode dar por disposição de última vontade ou por força de lei. A vocação testamentária importa na instituição do herdeiro, subordinada a sua validade às exigências legais para a facção testamentária (nº 455, *infra*) e para a aquisição por testamento (nº 456, *infra*). O testamento há de revestir a forma prescrita e observar os requisitos subjetivos e objetivos, sem o que é ineficaz.

Morando intestado, ou deixando de prevalecer o testamento feito, adquirem a herança aquelas pessoas designadas pelo legislador, na ordem estabelecida, o mais próximo em grau excluindo, em regra, o mais remoto.

Esta convocação a suceder, variável de sistema a sistema, denomina-se *vocação hereditária*, e é o título ou fundamento jurídico do direito de herdeiro.⁴⁹

Para herdar, haverá então mister atenda o sucessor ao chamado do testador ou da lei. Há de estar compreendido numa classe a que corresponde a sua *vocação hereditária*.

432. INDIGNIDADE. REABILITAÇÃO DO INDIGNO

Instituto próximo da incapacidade sucessória (ou, no sistema do Código Civil de 2002, falta de legitimação para suceder) é o da exclusão do herdeiro. O Direito romano admitia que a herança fosse retirada ao herdeiro, incurso em falta grave contra o *de cuius*.⁵⁰ Com as mesmas características e finalidades, o instituto sobreviveu em nosso direito anterior. Caindo em desuso, a privação da herança pela imposição da pena de confisco foi abolida mesmo no direito anterior.⁵¹ O Código de 1916 delimitou a exclusão do herdeiro estabelecendo com rigor os seus requisitos, erigida ela em impedimento ou obstáculo a que o herdeiro receba a herança. Ela opera como se fosse uma deserdação tácita, pronunciada pela Justiça, em casos previamente estabelecidos. O Código Civil de 2002 manteve, em linhas gerais, a disciplina da lei anterior, com as alterações que serão oportunamente sublinhadas.

Não obstante a precisão ontológica, os autores mantêm a velha designação (*indignidade*), salientado entretanto o seu caráter excepcional e estrito. Acrescente-se a isto que é taxativa (*numerus clausus*) a sua enumeração legal;⁵² e raras são as hipóteses de sua incidência.⁵³

Segundo o princípio vigente (Código Civil, art. 1.814), somente tem cabida, incorrendo o herdeiro em atentado contra a vida ou contra a honra do *de cuius*, ou em atentado contra a sua liberdade de testar. O Código Civil de 2002, diferentemente do anterior, também admite a exclusão, em certos casos, quando a vítima do ato de indignidade seja parente na linha reta, cônjuge ou companheiro do *de cuius*.

Divergem os autores na determinação da natureza jurídica da *exclusão* ou *indignidade*. Alguns a consideram equivalente à *incapacidade*.⁵⁴ Outros distinguem os dois institutos definindo a *incapacidade* (ou, no sistema do Código Civil de 2002, ausência de legitimação para suceder) como falta de aptidão para receber a herança e a *exclusão* como penalidade imposta ao

herdeiro incurso num desses atentados.⁵⁵ É de se distinguir, ainda, a *deserdação*, situada no campo da sucessão testamentária, e visando à exclusão punitiva do herdeiro necessário por iniciativa do testador (v. nº 475, *infra*). Os três institutos (incapacidade, indignidade, deserdação) têm pontos de coincidência nos efeitos, mas diferem na sua estrutura.

Reside o *fundamento ético da indignidade* em que repugna à ordem jurídica, como à moral, venha alguém extrair vantagem ao patrimônio de pessoa a quem ofendeu, além de constituir motivo que previne e pune o ilícito do herdeiro.⁵⁶

Por esta razão, tanto atinge os herdeiros legítimos quanto os testamentários, e até mesmo os legatários.⁵⁷

Consideram-se indignos de suceder:

A) Os que houverem sido autores ou coautores de *homicídio doloso* ou tentativa deste, contra a pessoa de cuja sucessão se trata, seu cônjuge, companheiro, ascendente ou descendente (Código Civil de 2002, art. 1.814, I). Não se estende, no caso, ao delito *culposo*, como não tem cabimento no *error in persona* e na *aberratio ictus*. O dolo é elementar na determinação do fato causal da exclusão, não se podendo cogitar desta em qualquer situação em que a perda da vida resultou de uma ausência de *animus necandi*. Obviamente, é requisito da voluntariedade do homicídio a capacidade do agente.⁵⁸ Embora não contemplada especificamente a hipótese, é de se entender que a instigação ao suicídio deve equiparar-se ao homicídio, para efeito da indignidade.⁵⁹

Ao contrário do Direito francês e do belga, que instituem a prévia condenação criminal do herdeiro,⁶⁰ o nosso, como o italiano,⁶¹ não a erige em requisito da pena civil, reputando desta sorte indigno o que comete o fato, e não apenas o que sofre a condenação.⁶² Mas é óbvio que uma absolvição do acusado, pelo reconhecimento de uma excludente de criminalidade, percute no juízo cível, para aliviá-lo da pecha de indigno. No Direito alemão, a legítima defesa exime da pena civil, mas esta é imposta aos que induzem ao crime ou são cúmplices.⁶³

Outro tanto se não dirá da extinção apenas da pena (*prescrição ou indulto*), que não ilide a exclusão do herdeiro (Carlos Maximiliano, Hermenegildo de

Barros, De Page, Antonio Cicu, Eduardo de Oliveira Leite).

Há mister, porém, a prova do fato, não bastando a mera suspeita.⁶⁴

O Direito francês equipara a “ausência de denúncia” do assassino a uma espécie de “cumplicidade moral”.⁶⁵

B) Os que *a acusarem caluniosamente em juízo ou incorrerem em crime contra a sua honra, ou de seu cônjuge ou companheiro*. Fator etiológico da exclusão, neste caso, será a determinação dos elementos de delito. O Código exige a acusação caluniosa no juízo criminal, seja com a formulação de queixa, seja mediante representação ao Ministério Público. Não é necessária a condenação do herdeiro, bastando haja este provocado a ação penal contra o *de cuius*.⁶⁶ O vocábulo “acusar” não é tomado no sentido estrito de um trâmite da ação penal, porém na acepção comum, de denúncia de um fato delituoso.⁶⁷

Não se configura a hipótese do art. 1.814, nº II, se o sujeito passivo do crime de denúncia caluniosa for o cônjuge ou companheiro do *de cujus* (Giselda Hironaka, *Comentários*, comentário ao art. 1.814).

C) Os que, por violência ou meios fraudulentos, inibirem ou obstarem o autor da herança de livremente dispor de seus bens em testamento ou codicilo. Não se caracterizando aqui um delito criminal, ter-se-á de dar a prova do fato, por qualquer meio. Determinará este caso de indignidade toda sorte de comportamentos: atos, omissões, corrupção, alterações, falsificação, inutilização, ocultamento da cédula,⁶⁸ ainda que realizados em favor de terceiros.⁶⁹

A alínea III do art. 1.814 do Código Civil de 2002 difere parcialmente da correspondente no art. 1.595 do Código de 1916. Pelo Código de 2002, incorre em exclusão da herança quem, por violência ou meios fraudulentos, inibir ou obstar que o de cujo disponha livremente de seus bens. Até aí coincide a redação, abrangendo o testamento e o codicilo, que são, ambos, modalidades de dispor de bens causa mortis. O Código atual, eliminando a parte final de seu modelo revogado, que compreendia na punição quem obstasse a execução dos atos de última vontade, deixou dúvida se o propósito foi liberar o agente, nesses casos. Não pode ser esta a intenção, porque tão mal procede aquele que impede o autor da herança de manifestar a sua declaração de última

vontade, como aquele outro que, maliciosamente, altera, falsifica, inutiliza ou oculta a cédula testamentária (Carlos Maximiliano, Enneccerus, Kipp y Wolff). Apurada a incidência do herdeiro na disposição da alínea III (obstação, ocultação, destruição do testamento, impedimento para testar) responderá o culpado por perdas e danos, na forma do direito comum (Vitali).

O Direito alemão considera igualmente indigno o culpado do delito de falsificação de documentos em relação a uma disposição *causa mortis*.⁷⁰

O procedimento deixará de ser passível de punição, se o agente tem tempo de emendar os seus efeitos, como no caso de quem induziu a facção testamentária haver ulteriormente inutilizado a cédula; ou ainda na hipótese de demonstrar-se irretorquivelmente que o ato obtido traduzia o verdadeiro querer do morto.⁷¹ Não suscetível, igualmente, de punição se o testamento cuja revogação ou alteração foi obtida, era nulo, porque não há cogitar de revogação ou modificação do que não poderia, por si mesmo, produzir efeitos jurídicos.⁷² Tampouco se deve admitir a exclusão na hipótese de posterior revogação do ato de última vontade, a que o testador fora induzido pelo indigno.⁷³

A exclusão do herdeiro não pode ser ato arbitrário. Ao revés, sujeita-se à apuração de certos requisitos, em seguida examinados:

I. Sentença. Em qualquer dos casos, não basta a existência do fato. É necessário o pronunciamento da exclusão mediante sentença proferida em ação ordinária (Código Civil de 2002, art. 1.815), intentada contra herdeiro, e por quem tenha legítimo interesse na sucessão, isto é, por aquele a quem a herança deva deferir-se como efeito da declaração de indignidade.⁷⁴ Não a têm os credores daqueles que se beneficiariam, se fosse o herdeiro declarado indigno e como tal excluído.⁷⁵

Ação declaratória⁷⁶ de indignidade deve ser proposta depois da abertura da sucessão; não tem cabimento em vida do hereditando,⁷⁷ pois que até então inexistente a sucessão: *hereditas viventis non datur*. Exclui-se, portanto, a iniciativa da ação pelo próprio ofendido.⁷⁸ A ele reserva, contudo, a lei o direito de deserdar o ofensor (v. n° 475, *infra*).

No Direito francês, a partir da reforma legislativa empreendida em 2001, a sentença de exclusão do indigno somente é necessária nos casos de

indignidade facultativa (*Code civil*, art. 727), mas não nos de indignidade obrigatória (art. 726).⁷⁹ No Direito alemão (BGB, art. 2.342), é necessária sentença em ação impugnatória, declarando a indignidade.⁸⁰

Em nosso direito, somente vale para este efeito sentença condenatória, isto é, uma declaração, que se revista dos requisitos de provimento jurisdicional em processo contencioso. Não gera a exclusão, *e. g.*, o pronunciamento nos autos do inventário, ou a afirmativa emanada de processo de jurisdição graciosa, ou mesmo a confissão do fato pelo herdeiro;⁸¹ nem pode ele mesmo ter a iniciativa da ação.

A ação de indignidade não pode ser proposta em vida, mas somente após a abertura da sucessão.⁸²

I. Efeitos. Na pendência da ação e até o desfecho desta, com trânsito em julgado da sentença, o herdeiro estará na posse dos bens da herança. Mas o caráter declaratório da ação induz o efeito retro-operante da sentença à data do óbito. Considera-se o excluído, como se nunca tivesse sido herdeiro, cumprindo-lhe, portanto, restituir os frutos e rendimentos percebidos (Código Civil de 2002, art. 1.817, parágrafo único). Neste sentido é equiparado a um possuidor de má-fé.⁸³

Em razão da exclusão que a atinge, ocorre a delação da herança em favor do indigno, mas não pode ele ter os bens – *potest capere sed non retinere*.⁸⁴

II. Personalismo. O caráter personalíssimo da pena obsta a que se transponha a quem é inocente.⁸⁵

Os bens que o indigno deixa de herdar (chamados *bens ereptícios*) são devolvidos às pessoas que os herdariam como se ele nunca tivesse sido herdeiro, isto é, como se ele já fosse falecido na data da abertura da sucessão (Código Civil de 2002, art. 1.816). Sendo o único da sua classe, defere-se a sucessão aos da seguinte; se não o for, aos coerdeiros, da sua classe (direito de acrescer), ressalvado, contudo, aos seus descendentes herdar por estirpe ou *iure representationis* (v. nº 441, *infra*). No Direito romano, somente poderiam ser chamados a suceder após a morte do excluído (*Digesto*, Livro 34, Título 9).

Contra o sistema do nosso direito, tem-se objetado que implica numa sucessão de pessoa viva, e, mais, que ao representante se confere maior soma

de direitos de que ao representado.⁸⁶ Não obstante, defende-se o princípio legal, com o argumento generalizadamente desenvolvido de que, a este inconveniente, opõe-se o conceito de pessoalidade da pena, que não deve ultrapassar da pessoa do delinquente.

III. Usufruto. O excluído não terá direito ao usufruto e administração dos bens que passem aos filhos menores sob poder familiar (Código Civil de 2002, art. 1.816, parágrafo único). Vindo a falecer algum deles, sem descendentes, não pode recebê-los.

Em nome do princípio da personalidade da pena, sustentam escritores que o seu cônjuge não lhe sofre os efeitos,⁸⁷ ainda que disto o herdeiro indiretamente se beneficie.⁸⁸

IV. Representação. O indigno, como tal excluído da herança paterna, não está inibido de representar seu pai na sucessão de outro parente, uma vez que se deve considerar a pena restritivamente.⁸⁹

V. Direitos de terceiros. No seu efeito retro-operante, a sentença não poderá prejudicar direitos de terceiros de boa-fé, respeitando portanto as alienações onerosas, bem como os atos de administração praticados antes da prolação da sentença. Mas aos coerdeiros é lícito demandar ao alienante o ressarcimento dos danos causados (Código Civil de 2002, art. 1.817).

VI. Reembolso de despesa. Ao excluído cabe, todavia, o reembolso das despesas de conservação dos bens, como *possessor bonae fidei* que é (Código Civil de 2002, art. 1.817, parágrafo único). Não se lhe pode negar, igualmente, o direito de cobrar os créditos que lhe assistam contra a herança, que se não confundem, obviamente, com o seu direito hereditário.

VII. Perdas e danos. Apurada a obstatção, ocultação ou destruição do testamento, por culpa ou dolo, o agente responderá ainda por perdas e danos, na forma do direito comum.⁹⁰

VIII. Ação e prescrição. A ação para pleitear a exclusão de herdeiros prescreve⁹¹ em quatro anos, contados da abertura da sucessão (Código Civil de 2002, art. 1.815, parágrafo único). Deve ser proposta em vida do indigno, perimindo irreversivelmente se o não for. Mas, iniciada contra ele, pode prosseguir contra os seus herdeiros.⁹²

O Código atual manteve, pois, o prazo do anterior (Código Civil de 1916,

art. 178, § 9º, nº IV).

Nada impede se componham as partes por transação, prevenindo ou encerrando o litígio, dado que o interesse em jogo é pessoal e econômico.⁹³

IX. Reabilitação. Ninguém melhor do que o ofendido, para avaliar quão fundo a sua sensibilidade foi atingida. Em consequência, cabe-lhe o *direito de perdoar*, que é ato privativo e formal. Além disso, de cunho derogatório dos efeitos da indignidade.⁹⁴

Dizendo-se privativo, quer-se esclarecer que somente compete ao ofendido, não tendo validade se praticado por outrem, mesmo que se trate das demais pessoas mencionadas no art. 1.814, nºs I e II. O herdeiro, a quem interessa, poderá não intentar a ação, ou deixar que prescreva. Sua omissão libera o ofensor dos riscos da demanda. Mas não vale o ato remissivo senão partido do *de cuius*. E dizendo-se *formal*, quer-se referir à sujeição a uma forma especial. Não vale, portanto, se não revestir a forma devida: ato autêntico ou testamento (Código Civil de 2002, art. 1.818, *caput*). Quando testamentária, pode adotar o ofendido qualquer das formas, gerais ou especiais, para a disposição de última vontade. E produz seus regulares efeitos *post mortem*.

Quid iuris, todavia, se o testamento caducar ou for anulado? No primeiro caso, não haverá no particular uma questão, porque a caducidade não o infirma como declaração válida de vontade, dentro na qual está o efeito remissivo. Alguns entendem que se for anulado o testamento, em que venha consignado o perdão concedido ao indigno, poderá aproveitar-se como ato autêntico, se tiver sido adotada a forma pública. Sendo, porém, outra a forma testamentária (particular ou cerrado), e não valendo como testamento, não terá efeito igualmente como ato autêntico.⁹⁵ Orosimbo Nonato, à sua vez, apoiado em bons argumentos, sustenta a ineficácia da reabilitação, se for nulo o instrumento que a contém, porque requer, além da capacidade do remitente, a forma prescrita.⁹⁶

Revogado o testamento que contém o perdão, polemizam os autores a propósito do seu efeito. Para uns, é irretratável.⁹⁷ Neste caso, a vontade do testador, manifestada por uma das formas previstas em lei, prevalece sobre o interesse dos coerdeiros, e tem força para ilidir presunção de que o defunto

desejaria não lhe sucedesse o que incidiu em qualquer caso de indignidade. Contra a força desta presunção, que é *iuris tantum*, milita o seu comportamento generoso. Para outros, a revogação do testamento importa em caducidade do perdão, se o novo não contiver a cláusula remissiva dos erros do indigno.⁹⁸ Mais correto é dizer que o problema é de interpretação da vontade testamentária, segundo a indulgência resulte ou não das circunstâncias.⁹⁹ A reabilitação do indigno, não revestindo a forma testamentária, pode vir contida em *ato autêntico*. Mas ato autêntico, aqui considerado, não condiz simplesmente com a autenticidade da firma do remitente. É a escritura pública, mesmo que não destinada especificamente ao objetivo remissório.¹⁰⁰

Não cabe, também, distinguir que atos comporta a indulgência do remitente. Assevera-se, com procedência, que extingue os seus efeitos, qualquer que seja a causa da indignidade. Inclusive a tentativa de morte, e até mesmo o homicídio, se a vítima teve sobrevida suficiente para formalizar o ato autêntico ou dispor em testamento.¹⁰¹

O perdão pode ser *expresso*, quando o testador manifesta às claras este propósito, ou *tácito*, se houver, após a ofensa, contemplado o agente em testamento, estando ciente da causa da indignidade.¹⁰² Se a reabilitação vier em ato autêntico, somente valerá quando expressa; não se cogita do perdão tácito, a não ser na via testamentária.¹⁰³ Na vigência do Código Civil de 1916, sustentávamos que a reabilitação tinha efeito pleno. Ou não valia de maneira total, ou valia inteiramente. Desta sorte, se o ofensor fosse beneficiado e recebesse a deixa testamentária, não se lhe poderia recusar, por igual, a herança que lhe coubesse.¹⁰⁴ O Código Civil de 2002, todavia, quanto ao perdão *tácito*, circunscreve seus efeitos ao “*limite da disposição testamentária*” (art. 1.818, parágrafo único): nada impede, em tal caso, o ajuizamento da ação de exclusão no que tange à parte que devesse ser herdada pelo indigno, na qualidade de sucessor legítimo.¹⁰⁵

Se, porém, a reabilitação for ampla, como no caso de declarar o ofendido que, não obstante o ilícito cometido, o ofensor concorrerá a sua sucessão, herdará ele como se nenhum ato houvera praticado contra o testador.

Com o perdão, far-se-á perpétuo silêncio sobre o fato, não se reconhecendo

nos coerdeiros *legitimatio ad causam* para reabrir o debate. Morto o ofendido, a abertura do testamento ou a divulgação do ato autêntico importa necessariamente em carência de ação.¹⁰⁶ E se vier um ou outro a ser encontrado depois da sentença condenatória, vale como requisito da legitimação para suceder, e cancelamento da pena de exclusão.¹⁰⁷

Neste caso, o herdeiro recebe os bens da herança com seus frutos e rendimentos.

O achado não opera, entretanto, automaticamente. Requer, ao contrário, a prolação de sentença (em ação rescisória), que só esta teria a consequência destrutiva dos efeitos da primeira. E se não mais existirem os bens, caberá ao reabilitado ressarcir-se contra os que se beneficiaram de sua exclusão, recebendo o seu valor, com todos os acrescidos.

432-A. SUCESSÃO EM BENS DE ESTRANGEIROS

A sucessão em bens de estrangeiros, *ex vi* do art. 10, § 1º, da Lei de Introdução às normas do Direito Brasileiro, e art. 5º, nº XXXI, da Constituição de 1988, será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros (ou de quem os represente: Lei nº 9.047, de 18 de maio de 1995) sempre que não lhes for mais favorável a lei pessoal do *de cuius*.

De acordo com o art. 10, *caput*, da Lei de Introdução às normas do Direito brasileiro, a sucessão *causa mortis* ou por ausência “obedece à lei do país em que era domiciliado o defunto ou o desaparecido, qualquer que seja a natureza e a situação dos bens”. Por isso, em inventários abertos no Brasil, o juiz eventualmente terá que aplicar a lei sucessória *estrangeira*.

CAPÍTULO XCIX

DEVOLUÇÃO DA HERANÇA

Sumário

433. Aceitação da herança. Benefício de inventário. **434.** Renúncia da herança. **435.** Herança jacente. **436.** Petição da herança. **437.** Cessão da herança.

Bibliografia

Lacerda de Almeida, *Direito das Sucessões*, §§ 15 e segs.; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. I, nºs 63 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 13 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nºs 31 e segs.; Hermenegildo de Barros, *Do Direito das Sucessões*, in *Manual do Código Civil Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. XVIII, págs. 138 e segs.; Inocêncio Galvão Telles, *Apostamentos para a História do Direito das Sucessões Português*; Orlando Gomes, *Direito das Sucessões*, 15ª ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, §§ 11 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, § 78; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nºs 2.335 e segs.; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nº 1.066; Henri de Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, vol. IX, nºs 483 e segs.; Luigi Ferri, *Successioni in Generale*, págs. 190 e segs.; Ludovico Barassi, *Le Successione per Causa di Morte*, nºs 42 e segs.; Antonio Cicu, *Le Successioni*, vol. I, págs. 132 e segs.; Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. I, págs. 74 e segs.; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 43ª ed., Cedam, 2007, nºs 198 e segs.; Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, 2ª ed.,

Giuffrè, 2002, t. I; Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nºs 635 e segs.; Anna Maria Villela, *La Transmission d'Hérédité en Droit Brésilien et en Droit Français*; Vittore Vitali, *Delle Successioni Testamentaire e Legitime*, vol. V, págs. 501 e segs.; M. G. Lepointe, *Les Successions dans l'Ancien Droit*; Vialleton, *Les Successions*, págs. 69 e segs.; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, 4ª ed., Forense, 2004, vol. XXI; Luciano Vianna Araújo, “A petição de herança”, in *Questões Controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*, coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, Método, 2003, vol. I; Rodrigo Toscano de Brito, “Cessão de direitos hereditários e a discussão sobre os novos requisitos presentes no Código Civil de 2002”, in *Questões Controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*, coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueirêdo Alves, Método, 2005, vol. III; Cristiano Cicero e Luca Sitzia, *Petizione di Eredità*, Giuffrè, 2013.

433. ACEITAÇÃO DA HERANÇA. BENEFÍCIO DE INVENTÁRIO

Aberta a sucessão, transmitem-se desde logo a posse e a propriedade da herança aos herdeiros legítimos e testamentários. É mister, contudo, haja a sua *aceitação*. Em Direito Romano, a *acquisitio* punha termo à vacância, integrando-se os bens no patrimônio do herdeiro (*additio*), que era a manifestação do hereditando.

A aceitação era uma faculdade reconhecida aos herdeiros, salvo se considerados *necessários* (v. nº 430, *supra*). Neste último caso, tinham de adir à herança quisessem ou não quisessem (*sive velint, sive nolint*), fosse a sua condição, *ab intestato* ou testamentária.¹⁰⁸

Inspirando-se o direito moderno em princípio diverso, e tomada a classe dos necessários em sentido diferente, todo herdeiro tem o poder de aceitar ou repudiar a herança, não sendo a isto obrigado: *nemo addire hereditatem compellitur*.¹⁰⁹

A aceitação tomou, pois, no direito moderno, o sentido de *manifestação livre de vontade de receber o herdeiro a herança que lhe é deferida*. Aqueles, a quem por direito o patrimônio do defunto é transmitido, no todo ou em parte, enunciam a sua intenção de receber os bens, assumindo a sua administração,

e cumprindo os encargos na forma do testamento ou da lei, e nos limites por esta traçados. É uma declaração não receptícia de vontade.¹¹⁰ Constitui um negócio jurídico unilateral, porque se completa com a emissão de vontade do herdeiro (unilateralidade) e como ato negocial produz o efeito jurídico da aquisição hereditária.¹¹¹

São três fases ou três momentos¹¹² que uma terminologia adequada distingue: a) a *abertura da sucessão* como fenômeno fático determina a transferência abstrata do acervo; b) a *delação da herança*, concomitante e consequente à primeira, é o conceito jurídico que consiste no oferecimento do patrimônio do defunto aos herdeiros; c) a *aquisição* é o fato jurídico do ingresso dos bens no patrimônio dos herdeiros em decorrência da manifestação de vontade destes (negócio jurídico) em virtude da qual a herança *já deferida é aceita*. Nos sistemas, como o brasileiro, que faz decorrer da abertura da sucessão a transmissão *pleno iure* do domínio, a *aceitação* tem o efeito de atribuir ao herdeiro os bens que lhe pertencem *causa mortis*, confirmando o direito que o óbito lhe ofereceu.¹¹³ Não se pode, porém, dizer que o ato aquisitivo é a aceitação, porque os direitos hereditários não nascem com ela, mas recuam à data da morte, produzindo a aceitação efeito retrooperante.¹¹⁴

A *aceitação* encerra assim a situação de pendência criada com a abertura da sucessão; tem importância a sua determinação, embora menor do que o momento da abertura.¹¹⁵ Consolida os direitos do herdeiro, chamado em virtude da abertura da sucessão.¹¹⁶ O Código Civil de 2002 explicita essa ideia: “*Aceita a herança, torna-se definitiva a sua transmissão ao herdeiro, desde a abertura da sucessão*” (art. 1.804).

Dizendo-a definitiva, o artigo quer dizer que não necessita o herdeiro outro ato de qualquer natureza para adir à herança, e que é irrevogável, porque ao herdeiro não é lícito retratar-se, renunciando a herança, depois de havê-la aceito.

A aceitação é exigível tanto do herdeiro, quanto do legatário; e, no primeiro caso, quer do herdeiro legítimo, quer daquele instituído em testamento.

A aceitação pode ser expressa ou tácita ou presumida.

Expressa é a resultante de uma declaração escrita. O herdeiro

explicitamente externa o propósito de adir a herança.

Tácita, quando pratica ele atos compatíveis com a sua condição hereditária (Código Civil de 2002, art. 1.805), tais como a administração, a alienação ou a oneração de bens que integram a herança; a locação, reconstrução ou demolição de prédio; a propositura de ação; a cobrança de dívidas do espólio; o transporte de bens da herança para o domicílio do herdeiro; o exercício de ações próprias de herdeiro.¹¹⁷

Não vale aceitação, porém, a mera declaração verbal, ainda que perante testemunhas.¹¹⁸

Não exprimem, igualmente, aceitação da herança os atos meramente conservatórios, como seja a interrupção de prescrição, ou a realização de benfeitorias necessárias; ou a efetivação de atos officiosos como se exemplifica com os funerais do defunto; ou ainda os de administração e guarda interina, qualificados como tais os que se praticam em relação a coisas alheias; ou, finalmente, a cessão pura e simples, a título gratuito, aos demais coerdeiros (Código Civil de 2002, art. 1.805, §§ 1º e 2º). Mesmo a alienação, quando atinge coisas suscetíveis de perecimento ou deterioração, não induzirá aceitação, quando autorizada pelo juiz.¹¹⁹ O mesmo se não dirá da cessão onerosa ou feita individualmente a certos herdeiros (nº 437, *infra*).

Não vale, igualmente, aceitação, o pagamento de dívida da herança, porque é lícito pagar débito alheio; equivale, porém, aceitação a *solutio* com dinheiro do monte.¹²⁰

Presumida ou *ficta* dá-se no caso de algum interessado requerer ao juiz, depois de passados 20 dias da abertura da sucessão, que assine ao herdeiro prazo razoável não maior de 30 dias para, dentro nele, pronunciar-se: decorrido o prazo, o silêncio haver-se-á, como aceitação (Código Civil de 2002, art. 1.807). Difere das demais espécies, porque resulta da ausência de toda a palavra ou manifestação comissiva, traduzida a omissão de recusa como anuência ou adição.

O artigo em questão é reminiscência do ius deliberandi do Direito Romano. O direito de deliberar caiu em desuso, substituído pela aceitação a benefício de inventário (Lacerda de Almeida). O que restou, no direito moderno, é o que consta do presente artigo.

Se não for intimado a manifestar-se em prazo certo, o herdeiro tem a faculdade de aceitar a todo tempo, até que se consume a prescrição da pretensão à herança (Itabaiana de Oliveira, Hermenegildo de Barros, Lacerda de Almeida).

A aceitação, diz-se, ainda, direta ou indireta.

Direta, a que provém do próprio herdeiro. *Indireta*, quando alguém a faz por ele, em três hipóteses legalmente previstas:

1ª) *Aceitação pelos sucessores*. Morrendo o herdeiro sem declarar se aceita ou não a herança, a faculdade passa aos seus sucessores, valendo a declaração destes, como se daquele partisse. Esta situação, que se denomina aquisição por *transmissão* ou *iure successionis*, explica-se pelo fato de que a morte do herdeiro, não podendo transmitir aos sucessores deste uma herança ainda não aceita, transfere-lhes, todavia, o poder de aceitação ou repúdio, pertinente ao herdeiro desde a abertura da sucessão.¹²¹ Esta modalidade de aceitação não cabe na pendência de condição suspensiva ainda não realizada. Morrendo o herdeiro antes de seu implemento, perime o direito hereditário uma vez que a condição suspensiva obsta a aquisição do direito (Código Civil de 2002, art. 125).

O Código Civil atual explicitou regra (art. 1.809, parágrafo único) que a doutrina anterior já enunciava (v. g., Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LV, § 5.590, nº 4, e § 5.595, nº 2) como consequência lógica dos princípios: “*Os chamados à sucessão do herdeiro falecido antes da aceitação, desde que concordem em receber a segunda herança, poderão aceitar ou renunciar a primeira*”.

2ª) *Aceitação por mandatário e por gestor de negócios*. Não cabe dúvida nem jamais se questionou em nosso direito a propósito da aceitação da herança por *mandatário*. Quanto à declaração feita pelo *negotiorum gestor*, tem sido controversa a proposição. A valer o argumento histórico, ocorre a afirmativa, pois que o Direito romano a subordinava apenas à confirmação (*ratihabitio*) do herdeiro. Não nos parece deva prevalecer entre nós doutrina contrária, como para o italiano opina Vitali.¹²²

3ª) *Aceitação pelos credores*. A terceira forma de aceitação especial terá lugar, quando o herdeiro prejudica os seus credores com a sua renúncia. Podem então eles requerer ao juiz autorize-os a aceitá-la em nome do

renunciante (Código Civil de 2002, art. 1.813). Não podendo, porém, beneficiar-se além da marca dos créditos, esta aceitação valerá até a concorrência destes. Pagas que sejam as dívidas, o remanescente devolve-se àquele a quem o repúdio beneficia e não ao renunciante, que perdera a condição hereditária. O vigente Código Civil (art. 1.813, § 1º), em disposição que não encontra correspondente no diploma anterior, estabelece o prazo de trinta dias, contados do conhecimento da renúncia, para que se habilitem os credores.

Não há mister demonstrar a má-fé do renunciante, nem o conluio deste com os demais herdeiros, bastando a demonstração de que já eram credores anteriormente ao repúdio da herança (Carlos Maximiliano, Hermenegildo de Barros, Clóvis Beviláqua, João Luiz Alves, Vitali; e, já em relação ao vigente Código Civil, Eduardo de Oliveira Leite, Comentários ao Novo Código Civil, pág. 152).

Natureza jurídica. A adição ou aceitação da herança, como ficou analisado linhas acima, é negócio jurídico unilateral e simples. Não depende de confirmação de quem quer que seja; e não comporta qualquer modalidade, como o termo ou a condição; nem admite prevaleça *pro parte*, isto é, que o herdeiro aceitante pretenda uma parte apenas dos bens que lhe cabem por direito: o art. 1.808 do Código Civil de 2002 reafirma, a propósito, a ideia de ser em princípio *indivisível* a aceitação, no sentido de que não é lícito ao herdeiro aceitar uma parte da herança; ou *aceita por inteiro* ou *repudia por inteiro* (De Page, Ferri, Barassi). Não se confundindo, porém, a herança e o legado, pode ser aceito este, não obstante renunciada aquela, ou vice-versa, repudiado o legado embora aceita a herança (Código Civil de 2002, art. 1.808, § 1º). Abrindo exceção expressa à regra da indivisibilidade da aceitação da herança, o art. 1.808, § 2º, do vigente Código Civil possibilita ao herdeiro, chamado, na mesma sucessão, a mais de um quinhão hereditário, sob títulos sucessórios diversos, delibere quanto aos quinhões que aceita e aos que renuncia. Como expúnhamos nas anteriores edições deste volume, se o espólio se compõe de massas distintas, o herdeiro pode adotar a orientação que lhe convenha em relação a cada uma. Assim, o herdeiro legítimo, a quem o testador houver atribuído herança testamentária, poderá repudiar esta última, limitando sua aceitação ao que lhe for devolvido em virtude da própria lei; ou,

inversamente, aceitar o que lhe deixou o testador no ato de última vontade, renunciando ao quinhão a ele destinado como herdeiro legítimo (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, pág. 138).¹²³

Como declaração unilateral de vontade, gera efeitos imediatos e definitivos. O herdeiro não pode arrepender-se da aceitação: o Código Civil de 2002, afastando-se do anterior (neste, art. 1.590), declara-a irrevogável (art. 1.812). Já nas edições anteriores deste volume, manifestávamos a opinião (*de lege ferenda*) de que não deveria ser lícito ao herdeiro retirá-la nem a ele concedida a faculdade de renunciar, após haver aceito;¹²⁴ o Código Civil de 1916, entretanto, admitia a retratação da aceitação se dela não resultasse prejuízo aos credores. Com a entrada em vigor do Código de 2002, certo será, pois, dizer que uma vez herdeiro, sempre herdeiro, como na antiga parêmia – *semel heres semper heres*.

Na pluralidade de herdeiros, cada um pode proceder com inteira autonomia.¹²⁵

Anulação. Pode contudo ser anulada a aceitação, e tal se dá quando após a sua ocorrência vem-se a apurar que o aceitante não é herdeiro (como no caso de ser chamado um ascendente, e verifica-se ulteriormente a existência de descendente vivo), ou quando se vem a ter ciência de um testamento que absorva a totalidade da herança, em falta de herdeiros necessários. Declarada ineficaz a aceitação, a herança passa àquele a quem regularmente se defere, como se aceitação inexistisse.¹²⁶ Mas, se já houver sido encerrado o inventário e homologada a partilha, só por ação de petição de herança (v. nº 436) poderá o interessado reivindicar o que lhe cabe.

Encargos da herança e benefício de inventário. Com a transmissão da herança, o Direito romano entendia passarem aos herdeiros, *sui et necessarii*, todos os haveres e todos os encargos do defunto, por estes respondendo obrigatoriamente o herdeiro. Fossem os ônus maiores que os valores positivos, poderiam importar em ruína do sucessor.

Procurou-se então evitar o inconveniente. Num primeiro grau de evolução de medida defensiva, o direito honorário criou o *ius abstinendi*, mediante autorização do pretor aos herdeiros *sui*, para renunciarem à herança.¹²⁷ Mais tarde, já no Baixo Império, surgiu um remédio contra tal inconveniente: uma Constituição do imperador Adriano permitiu a um herdeiro a aceitação livre

das dívidas. Em seguida, Gordiano concedeu-o aos militares. E finalmente Justiniano franqueou-o e disciplinou-o (Código, Livro VI, Título 30, Lei 22).

Assim nasceu a *aceitação a benefício de inventário*, que Vitali define como a declaração formal de não assumir o convocado a qualidade de herdeiro, a não ser sob a condição de limitar a sua responsabilidade pelos encargos da herança, dentro dos limites do ativo desta.¹²⁸

A *aceitação a benefício de inventário* entrou nos costumes. No direito anterior ao Código Civil de 1916, vigia a doutrina romana: a aceitação pura e simples impunha ao herdeiro todos os encargos do monte. Somente livrava os seus próprios bens quando declarava a aceitação acompanhada da cláusula “a benefício de inventário”, que trazia assim o efeito especial de exonerar o aceitante das responsabilidades e obrigações excedentes das forças da herança.¹²⁹

Em nosso direito precodificado, entretanto, generalizou-se de tal forma a praxe da aceitação a benefício de inventário, que normalmente a responsabilidade dos herdeiros não ultrapassava as forças da herança. Pode-se dizer que, antes do Código Civil de 1916, a aceitação livre de encargos ou limitada, *intra vires hereditatis*, era tão habitual, que se efetuava como cláusula ou fórmula tabelioa que se inseria normalmente nas procurações e nos termos de declaração de herdeiros.

Ao ser elaborado, o projeto Beviláqua manteve como norma o princípio tradicional. Na sua passagem, pelo Congresso, o Senado aprovou uma emenda, em virtude da qual as responsabilidades dos herdeiros nunca ultrapassariam as forças da herança. Foi este, afinal, o princípio consagrado no art. 1.587 do Código Civil de 1916, agora repetido no art. 1.792 do vigente diploma.

Não importando a aceitação da herança em assumir todos os débitos do *de cuius*, o herdeiro não responde, *ultra vires hereditatis*, isto é, não está obrigado além das forças da herança. Por isso se diz que, em nosso direito, a aceitação é sempre a benefício de inventário *ex vi legis*, e sem necessidade de ressalva expressa. Por isso mesmo, não se dá aqui a cessação ou a privação do benefício, desenvolvida em outros sistemas.¹³⁰ Nada impede, porém, renuncie o herdeiro ao benefício de inventário, assumindo por expresse os encargos hereditários *ultra vires*, uma vez que tal declaração a ninguém

atinge senão a si mesmo.¹³¹

Coibindo qualquer abuso, a lei exige a demonstração do valor dos bens em confronto com as dívidas, providência que emana do processo mesmo de inventário.

Direito de deliberar. A origem do direito de deliberar é romana. Naquele sistema, como se vê do Título do *Digesto* sob esta epígrafe – *De iure deliberandi* (Livro XVIII, Título 8), e ainda no Código de Justiniano (Livro VI, Título 30 – *De iure deliberandi et de adeunda vel acquirenda hereditate*). Ao herdeiro, concedia-se um prazo, dentro do qual podia aferir o volume dos encargos do monte e, somente após conhecê-los, declarar se era pela aceitação ou pela renúncia. Aquele “direito de deliberar” caiu em completo desuso, entre nós, prevalecendo apenas o benefício de inventário.¹³² No Direito codificado, veio a subsistir em acepção mais figurada do que real. Assim se designa o interregno entre a delação e a aceitação. Difere porém do antigo *ius deliberandi*, a uma, porque independe de requerimento do interessado; e a duas, porque não tem a finalidade de estudar o herdeiro a situação econômica do monte, para resolver pela aceitação ou pelo repúdio, mas consiste no tempo indeterminado, que o herdeiro deixa fluir, até a ocorrência de manifestação sua. A rigor, no direito atual, pode-se considerar *ius deliberandi* o prazo assinado pelo juiz ao herdeiro, para que declare este se aceita a herança, valendo seu silêncio por aceitação ficta, como visto acima. Afora a hipótese da interpelação, o direito de deliberar perdura por tempo indefinido, até que se consume a prescrição da pretensão à herança.¹³³

434. RENÚNCIA DA HERANÇA

O herdeiro não é obrigado a receber a herança. Pode recusá-la. E aí se situa a renúncia ou repúdio.

Contrariamente à aceitação, que se admite expressa ou tácita, e até presumida, a renúncia da herança a lei requer expressa ou explícita. E até formal, assumindo instrumento público ou termo nos autos (Código Civil de 2002, art. 1.806). O escrito público e o termo nos autos ficam, assim, erigidos em requisito *ad substantiam*, e não apenas *ad probationem* do ato. O termo não se restringe aos autos do inventário, estendendo-se aos de qualquer ação

em que se litigue sobre a herança; e a escritura pode lavrar-se por notário de qualquer localidade.¹³⁴

Como declaração não receptícia de vontade,¹³⁵ ontologicamente se esgota com o simples enunciado. Vale dizer: formalizada a renúncia, os bens passam aos herdeiros da outra classe, independentemente de sua anuência ou aceitação. É tão pleno este efeito que, na falta de herdeiro a quem a herança se devolva, os bens arrecadam-se como vagos, e acabam no Erário público.

Contra opiniões valiosas (Itabaiana de Oliveira), não nos parece deva homologar-se em juízo. Completa-se por si mesma. E deve conceituar-se como declaração unilateral de vontade como dito acima.¹³⁶

Sua validade, contudo, subordina-se (além do requisito formal) à observância do pressuposto da capacidade do agente. Não apenas genérica para os atos da vida civil, como ainda de capacidade para alienar, uma vez que a negativa de incremento patrimonial equivale a uma disposição, posto não se confunda com a doação, que pressupõe a saída de bens do patrimônio do doador e sua entrada no do donatário (v. nº 231, *supra*, vol. III).

E é certo que a recusa da herança não traduz mutação patrimonial, porém obstáculo à aquisição.

Pode ser efetuada por *mandatário*, e a que se realiza por termo nos autos normalmente o é. Deve ele, entretanto, estar munido de poderes especiais e expressos.¹³⁷

Sendo casado o herdeiro, há mister a outorga do outro cônjuge, exceto se contraído o casamento pelo regime da separação de bens (Código Civil de 2002, art. 1.647).

E, se for incapaz, não terá validade, ainda que efetuada por seu representante, pois é certo que este reúne os poderes de administração, e não de alienação; tem a faculdade de gerir os bens do representado, mais falta-lhe a liberdade para dispor deles por ato seu próprio.

Se regra é que a aceitação e a renúncia, como negócios jurídicos, pressupõem a capacidade do agente,¹³⁸ mais se enfatiza a renúncia, para a qual é necessária a capacidade dispositiva.¹³⁹

Ponderada a conveniência de seu repúdio, o representante do incapaz poderá contudo efetuá-lo, precedendo autorização judicial.¹⁴⁰

A renúncia não pode ser feita antes de aberta a sucessão. E não vale depois de praticar o herdeiro qualquer ato equivalente à aceitação da herança.

Uma vez realizada, retroage à abertura da sucessão, no sentido de que o renunciante é tratado como se nunca fosse a ela chamado.¹⁴¹ O atual Código Civil, a propósito, dispõe que a transmissão pela *saisine* “*tem-se por não verificada quando o herdeiro renuncia à herança*” (art. 1.804, parágrafo único).

Deve ser pura e simples, não comportando condição ou termo (Código Civil de 2002, art. 1.808). E significa o afastamento total do renunciante, operando a transferência dos bens a quem por lei ou testamento deva caber. Ao propósito, costuma-se distinguir da renúncia *abdicativa* a chamada renúncia *translativa*, que implica a transmissão a determinada pessoa, designada pelo renunciante. A primeira (abdicativa) é verdadeira renúncia (v. nº 81, *supra*, vol. I), ao passo que a segunda (translativa ou translaticia) envolve duas declarações de vontade, importando em aceitação e alienação simultânea ao favorecido. Daí dizer-se que é renúncia de nome, mas em verdade é aceitação.¹⁴²

Aceitação menos característica é a “renúncia paga”, ocorrente no caso de o herdeiro receber certa soma pela declaração renunciativa: na essência existe uma cessão onerosa da herança, sendo o renunciante o verdadeiro sucessor, e os herdeiros beneficiados verdadeiros cessionários.¹⁴³

Irretratabilidade. A renúncia é, em tese, *irretratável e definitiva*.¹⁴⁴

Uma vez formalizada, gera a ficção de não ter o renunciante jamais sido herdeiro.¹⁴⁵ A irrevogabilidade da renúncia não afasta, no entanto, a possibilidade de sua *anulação* por erro, dolo ou coação, antes prevista no art. 1.590 do Código Civil de 1916, embora ali impropriamente tratada como hipótese de “retratação”. A circunstância de o atual Código não haver repetido aquela regra é irrelevante, considerando-se que as disposições, recolhidas em sua Parte Geral, atinentes ao *negócio jurídico* (Livro III, Título I), são aplicáveis, em princípio, a quaisquer de suas espécies, das quais a aceitação e a renúncia constituem exemplos.

Contra a proposição de irretratabilidade da renúncia, tem-se às vezes ressalvado a retratação até o momento em que outro sucessível manifesta a

sua aceitação (Código Civil francês, art. 790; italiano de 1865, art. 950; novo Código Civil e Comercial argentino (de 2015), art. 2.300). Dentro da doutrina legal brasileira, a tese é insustentável, porque a renúncia produz efeito imediato, independentemente do destino que venham a ter os bens, ainda mesmo que todos os sucessíveis renunciem também, e vá o acervo devolver-se ao Fisco.¹⁴⁶ Tal era a doutrina romana (*Digesto*, Livro 38, Título IX), transposta para o nosso direito (Código Civil de 1916, art. 1.590), que somente admite a retratação da renúncia quando proveniente esta de violência, erro ou dolo, ouvidos os interessados. Alguns escritores repelem, porém, a retratação por erro, em nome da estabilidade da transmissão, que dela resulta.¹⁴⁷

Não nos parece procedente a ressalva, dado que o erro é defeito da vontade, induzindo a sua anulação. Como recomendação prática, isto sim, é de se aconselhar ao magistrado a maior cautela na sua apreciação, a fim de evitar que a alegação não mascare simplesmente um arrependimento, ou retratação incabível.

Anulação. Os credores prejudicados podem anular¹⁴⁸ a renúncia, aceitando, mediante autorização judicial, a herança em nome do abdicante (Código Civil de 2002, art. 1.813). Não há mister demonstrar a fraude. Basta a demonstração do prejuízo, aliada à prova de que já eram credores anteriormente ao repúdio da herança.¹⁴⁹

Nas edições anteriores ao vigente Código Civil, sustentava-se que tal aceitação pelos credores tinha cunho contencioso, isto é, haveria de fazer-se em desfecho de ação própria, e não com caráter meramente administrativo.¹⁵⁰ O Código Civil de 2002, todavia, sugere que a autorização judicial se obtém mediante uma “habilitação” (art. 1.813, § 1º), a ser iniciada “no prazo de trinta dias seguintes ao conhecimento do fato”. Trata-se, pois, de incidente do processo de inventário, que culmina com decisão de *ineficácia* (eventualmente, *parcial*) do ato de renúncia.

Uma vez pagas as dívidas do renunciante (aos credores que se habilitarem), a renúncia produz seus efeitos quanto a eventual saldo, “que será devolvido aos demais herdeiros” (Código Civil de 2002, art. 1.813, § 2º).

Pode, ainda, a renúncia ser anulada por dolo ou coação.¹⁵¹

Efeitos

1. Realizada a renúncia, a parte do repudiante passa automaticamente à dos outros herdeiros da mesma classe (*direito de acrescer*). Se for o único desta, devolve-se aos da classe subsequente (Código Civil atual, art. 1.810). A regra do chamamento dos herdeiros legítimos, em lugar do renunciante, somente se estende à sucessão testamentária se o testador não tiver determinado uma substituição (v. nº 471, *infra*) ou se não houver o direito de acrescer entre coerdeiros ou colegatários instituídos conjuntamente (v. nº 474, *infra*). O renunciante é tratado como se nunca fosse herdeiro.

2. Se o renunciante vier a falecer, os seus herdeiros não herdam por stirpe (*iure representationis*). Mas, sendo ele o único da sua classe, ou se os demais desta renunciarem também, podem seus filhos ser chamados a suceder, porque nessa hipótese comparecem por direito próprio e por cabeça (art. 1.811).

3. Aquele que renuncia à herança não está impedido de aceitar legado, ou vice-versa, dada a diversificação das causas aquisitivas (Código Civil de 2002, art. 1.808, § 1º); e a renúncia pode dizer respeito apenas à herança testamentária, sem prejuízo da aceitação do quinhão atribuído por lei, ou vice-versa (Código Civil de 2002, art. 1.808, § 2º).

4. Na sucessão testamentária, não se pode deduzir uma norma fixa e uniforme para definir as consequências da renúncia: poderá passar a herança ao substituto, ou ao coerdeiro, ou aos sucessores legítimos – tudo na dependência da disposição de última vontade. Em falta de disposição expressa, é de se sustentar o direito de acrescer.

5. Não se confundindo o repúdio com a exclusão, o renunciante não está privado da administração e usufruto dos bens que por força dela venham a tocar a seus filhos menores.

6. O renunciante não é computado para efeito de se calcular a *quota disponível* do autor da herança.¹⁵²

Tratado o renunciante como se nunca tivesse sido herdeiro, o monte é considerado em relação aos demais.

7. Na vigência do Código Civil de 1916, escrevíamos: “Se o coerdeiro (ou herdeiro da classe subsequente) tiver cedido seus direitos hereditários, a renúncia beneficia o cessionário que é chamado no lugar do cedente, salvo se dos termos da cessão inferir-se que ela teve por objeto o quinhão do cedente,

tal como existente no momento da cessão”; e buscávamos apoio na doutrina de Colin *et* Capitant.¹⁵³ O Código Civil de 2002, porém, firmou a presunção de que, tendo havido cessão, a posterior renúncia do coerdeiro favorece o cedente, e não o cessionário, ressalvada a hipótese de convenção em sentido oposto (art. 1.793, § 1º).

435. HERANÇA JACENTE

Em Direito Romano, a abertura da sucessão (*delatio*) não operava sempre a transferência dos bens diretamente aos herdeiros (v. nº 433, *supra*). Permaneciam como *hereditas iacens*, até a sua aquisição, pela *additio*.

No direito moderno, absorvido que foi o *droit de saisine*, desapareceu aquela fase intermediária (nº 429, *supra*).

Mas a expressão subsiste, para significar a herança cujos herdeiros se não conhecem: *a*) seja porque o falecido não deixou cônjuge, companheiro, descendente, ascendente, ou colateral notoriamente conhecido; *b*) seja porque a tal estado se venha a chegar em razão de renúncias; *c*) ou seja, ainda, na falta de uns e de outros, por não ter o defunto deixado testamento, ou ser este caduco, ou herdeiro instituído ou legatário ser desconhecido, não existir, ou repudiar a herança ou o legado; *d*) e também, nos casos indicados, não haver testamenteiro, ou o designado não existir, ou não aceitar a testamentaria.

A propósito da personificação da *hereditas iacens* no Direito Romano, já discorremos por menor (nº 429, *supra*). No moderno, a doutrina é pacífica no sentido de se lhe não reconhecer personalidade jurídica. Acrescentamos, com Brinz e Zittelman, que ela não representa o defunto nem os herdeiros. É uma universalidade, sem qualidade para agir, adquirir direitos e contrair obrigações.¹⁵⁴

Nas suas relações, é, contudo, representada pelo *curador*, a quem incumbem os atos conservatórios (novo Código de Processo Civil, art. 75, nº VI).

Cumpramos neste passo distinguir a *herança jacente do espólio*.

Com este vocábulo, designa-se a *sucessão aberta*, até a partilha dos bens. Ambos têm em comum a ausência de personalidade, e consequente incapacidade para adquirir direitos e contrair obrigações. Diferem, contudo,

em que no *espólio* os herdeiros legítimos ou testamentários são conhecidos. Compreende os bens atuais e futuros, pode aumentar com os rendimentos que produza, e com os investimentos feitos, ou pode diminuir em razão de ônus ou deteriorações.¹⁵⁵

O inventariante representa em Juízo o espólio ou a herança (Novo Código de Processo Civil, art. 75, nº VII), ocorrendo no caso o que se pode denominar “representação anômala”, uma vez que a lei designa o representante, posto não atribua personalidade ao representado. Não obstante esta ausência de personificação legal, o tratamento dado à herança na qualidade de massa sucessória é o de uma pessoa jurídica, ao menos aparente. Daí a observação de Anna Maria Villela, no sentido de que a herança não é dotada de personalidade, mas possui todos os elementos necessários a tornar-se uma pessoa moral.¹⁵⁶

A herança jacente revela, portanto, uma situação de fato em que ocorre a delação da herança, mas não existe quem se intitule herdeiro. Em tais circunstâncias, promoverá o juiz a *arrecadação dos bens*, que serão administrados por um curador oficial (ou designado, se na localidade não houver de ofício).

O curador procederá à liquidação dos valores, alienação dos bens perecíveis e recolhimento do produto a estabelecimento oficial; promoverá os atos assecuratórios e de conservação, e administrará os demais, tudo sob controle da autoridade judiciária. Responde pelos prejuízos a que der causa a sua desídia, negligência ou falta de exação (novo Código de Processo Civil, art. 739, § 2º, c/c o art. 161), e pode ser removido, se assim o entender o juiz.

A arrecadação dos bens e o processo de inventário competem ao juiz do domicílio do *de cuius* (novo Código de Processo Civil, art. 738), o qual deprecará ao da situação das coisas para que as arrole, descreva e avalie.¹⁵⁷ Entende-se que, por exceção ao princípio da inércia (novo Código de Processo Civil, art. 2º), o juiz pode aqui proceder *ex officio*. À fase de arrecadação seguir-se-á a de publicação de editais, na forma da lei processual, para que venham a habilitar-se os sucessores, em determinado prazo (Código Civil de 2002, art. 1.820; novo Código de Processo Civil, art. 741).

Vacância. Decorrido um ano da primeira publicação do edital, sem que apareça quem se habilite à herança, os bens são declarados vacantes, e nesta

condição permanecem, sem prejuízo dos herdeiros que venham legalmente a se habilitar. Passarão eles ao domínio do Município ou do Distrito Federal, onde era domiciliado o *de cuius* ao tempo de abertura da sucessão, ou da União se em Território ainda não constituído em Estado. Passada em julgado a sentença que declarou a vacância, os interessados só por ação direta poderão reclamar (novo Código de Processo Civil, art. 743, § 2º); mas, expirado o prazo de cinco anos, contados da abertura da sucessão, os bens serão definitivamente incorporados ao patrimônio público (Código Civil de 2002, art. 1.822), sem possibilidade de sua reivindicação por qualquer sucessor. Entre o trânsito em julgado da sentença de vacância e o quinto aniversário da morte do *de cuius*, o ente público tem a propriedade *resolúvel* da herança, dada a possibilidade de surgimento do sucessor de identidade ou paradeiro até então desconhecido; vencido o quinquênio, porém, a propriedade estatal sobre o acervo passa a ser plena, insuscetível de reivindicação (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, pág. 190). É irrelevante que a sentença de vacância se dê antes ou depois do quinto aniversário da abertura da sucessão (STF, RE nº 92.352-SP).

No plano do direito material, a sentença de vacância produzirá ainda o efeito consistente em excluir da sucessão os colaterais (Código Civil de 2002, art. 1.822, parágrafo único).

436. PETIÇÃO DA HERANÇA

Conforme visto e explicado acima (nºs 429 e 430, *supra*), com a abertura da sucessão o herdeiro adquire a propriedade e a posse dos bens da herança, independentemente de ato seu, ou de estar presente, e até mesmo de seu conhecimento do óbito. Em tendo ciência do processo de inventário, habilita-se em qualquer fase dele, constituindo procurador que o represente. E se não compareceu espontaneamente, incumbe ao inventariante diligenciar na sua citação (v. nºs 480 e 481, *infra*). Tendo direito à herança, cabe ao herdeiro a *faculdade* de reclamar a sua quota-parte. Aí reside o fundamento racional da ação de petição de herança. Pode acontecer que, por motivo justificado ou não, casual ou propositado, deixe de comparecer e de ser habilitado no processo de inventário, e de ser contemplado na partilha (nº 483). Ocorrendo, entretanto, o encerramento do inventário e a homologação da partilha, não

perde o herdeiro os seus direitos, embora não seja contemplado. Cumpre-lhe, então, demandar o seu reconhecimento contra qualquer possuidor ilegítimo da herança, e a entrega dos bens.¹⁵⁸ Eis aí a *petição de herança*, que é uma *ação real universal*, quer o promovente postule a totalidade da herança, se for o único da sua classe, quer uma parte dela, se a sua pretensão é restrita a ser incluído como sucessor, entre os demais herdeiros.¹⁵⁹

O Código Civil de 2002, diferentemente do anterior, consagrou todo um capítulo à ação de petição de herança (Livro V, Título I, Capítulo VII). O art. 1.824 assim define seu objeto: “*O herdeiro pode, em ação de petição de herança, demandar o reconhecimento de seu direito sucessório, para obter a restituição da herança, ou de parte dela, contra quem, na qualidade de herdeiro, ou mesmo sem título, a possua.*” Como corolário da regra segundo a qual a herança é deferida como um todo unitário (Código Civil atual, art. 1.791), dispõe a lei que, ainda quando proposta por um só dos herdeiros, a ação de petição de herança poderá compreender todos os bens do espólio (Código Civil de 2002, art. 1.825).¹⁶⁰

Se o herdeiro, excluído ou não habilitado, intenta a ação contra coerdeiro, sua pretensão não é excludente absoluta, objetivando-se na entrega do seu quinhão. Se a petitio hereditatis é proposta contra quem não tem qualidade hereditária, pode compreender a totalidade da herança, ainda que ajuizada por um só dos herdeiros.

Na ação de petição de herança, o autor demonstra o seu parentesco com o defunto e a sua qualidade de herdeiro.¹⁶¹ Deve provar também o fato do qual provenha a sua pretensão. Se age na condição de herdeiro-neto, há de evidenciar a morte de seu pai; se fundamenta o pedido na renúncia de um herdeiro, terá que demonstrá-la.¹⁶² Quando seja herdeiro, também o cônjuge ou o companheiro supérstite terá legitimidade para a ação, cabendo-lhe provar o casamento ou a união estável.

Pede, então, a entrega dos bens, com seus acessórios e implementos, que a ele pertencem desde a data do óbito. O detentor será tratado como possuidor, de boa ou má-fé, conforme o caso (Código Civil de 2002, art. 1.826); mas, a partir da citação, sua responsabilidade se há de aferir pelas regras concernentes à posse de má-fé e à mora (Código Civil de 2002, art. 1.826, parágrafo único);¹⁶³ assim, responderá, por exemplo, pelo valor do bem

destruído que, após aquele ato processual, permaneceu na sua posse, ainda que o dano tenha decorrido de caso fortuito. Pode ser réu na ação o simples possuidor ou detentor¹⁶⁴ dos bens, como aquele que os conserva na qualidade de *herdeiro aparente*, isto é, aquele que os detém a título hereditário, embora lhe falte a condição de *vero herdeiro*.¹⁶⁵

O art. 1.826 do Código Civil de 2002, cuja redação não prima pela clareza, significa que o herdeiro aparente, condenado na ação de petição de herança, tem de restituir os bens com todas as suas pertencas e acessórios. Responderá, ainda, por perdas e danos, bem como pelos frutos que tiver colhido, ressalvada a retenção, se estiver de boa-fé. Tem direito ao ressarcimento das benfeitorias necessárias, sempre; úteis, se estiver de boa-fé; e quanto às voluptuárias, reconhece-lhe a lei, apenas no caso de posse de boa-fé o direito de retirá-las – ius tollendi – se não danificar a coisa.

Nas edições anteriores à entrada em vigor do Código Civil de 2002, manifestávamos o entendimento de que a *petitio hereditatis* devia intentar-se contra o possuidor *pro herede*, não tendo cabida contra um possuidor ordinário, que detivesse os bens da herança a outro título, pois neste último caso a ação idônea seria a reivindicatória.¹⁶⁶ O art. 1.824 do atual diploma, todavia, adota solução diversa, ao permitir a propositura da ação de petição de herança contra quem, “*mesmo sem título*”, possua bens do acervo hereditário.¹⁶⁷

Pode a ação ser também proposta contra os eventuais sucessores do possuidor *pro possessore* ou *pro herede*.¹⁶⁸ Contra a opinião de De Page,¹⁶⁹ entendemos que somente o herdeiro mais próximo, isto é, aquele a quem os bens devem caber, tem ação de petição de herança. Intentada por outro, deverá ser repelido pela *exceptio proximioris heredis*, pois que a ninguém é lícito compelir alguém a demandar, e o autor não tem ação para postular direitos alheios. A *ação de petição de herança* pode constituir uma pretensão isolada e autônoma, ou vir geminada a outro apelido. O caso mais frequente de acumulação objetiva é com a *investigação de paternidade*. O filho natural, não reconhecido em vida, intenta ação contra os herdeiros de seu pai, e requer, com a declaração do seu *status familiae*, a devolução do seu quinhão hereditário.

Assemelha-se a petição da herança à reivindicatória, dela diferindo em que

a ação reivindicatória visa à recuperação de uma coisa determinada, ao passo que a de petição de herança tem por objeto o reconhecimento da qualidade hereditária, com a atribuição do acervo como um todo ou fração do todo.¹⁷⁰

Questão em torno da pretensão do herdeiro reivindicante é a da *prescrição*. Juristas e tribunais têm tumultuado os princípios, confundindo a ação de estado e a de petição de herança, com o efeito patrimonial daquela (v. nº 413, *supra*, vol. V). O problema se esclarece com a distinção entre o *status* que é imprescritível, e a pretensão econômica judicialmente exigível, que como toda outra pretensão exigível (*Anspruch*) prescreve. O filho terá ação sempre para se fazer reconhecer (ação de estado, imprescritível); mas, no sistema do Código Civil de 2002 (art. 205), não poderá exercer pretensão à herança depois de decorridos 10 anos da abertura da sucessão (petição de herança). Se o prazo, iniciado na vigência do Código de 1916, ainda fluía quando da entrada em vigor do Código atual, incide o art. 2.028 deste último.¹⁷¹

Efeitos da sentença na ação de petição de herança. Vitorioso na ação, o herdeiro deverá receber os bens da herança com os seus acréscimos, e bem assim os frutos e rendimentos após a constituição em mora. Ao possuidor vencido aplicam-se os princípios relativos às benfeitorias (v. nº 295, *supra*, vol. IV).

Em acórdão de 21 de fevereiro de 1995, o Superior Tribunal de Justiça esclareceu que, “julgados procedentes os pedidos formulados em sede de ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, disso resulta lógica e automática a nulidade da partilha realizada, sem a presença e participação do autor vitorioso, afigurando-se dispensável a propositura de ação específica que tenha por objetivo apenas vê-la reconhecida expressamente”, acrescentando, naquela oportunidade, que “a execução da decisão de procedência em autos de petição de herança faz-se, como regra, por meio de simples pedido de retificação de partilha, uma vez que a sentença homologatória de partilha não faz coisa julgada em relação ao herdeiro não convocado ao processo de inventário” (REsp. nº 16.137-SP, *Revista Forense* 339/281 e *RSTJ* 74/204).

Eficácia das alienações realizadas pelo herdeiro aparente. Em dispositivo análogo àquele previsto para a hipótese de alienação de bens pelo herdeiro excluído por indignidade, o Código Civil de 2002 (art. 1.827, parágrafo único)

reconhece eficácia às alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé;¹⁷² nesse caso, porque impossível a recuperação dos próprios bens do acervo, o alienante responderá perante o verdadeiro sucessor pelo valor dos bens alienados (Código Civil atual, art. 1.827).

O reconhecimento da eficácia das alienações realizadas pelo sucessor aparente a terceiro de boa-fé, quando onerosas, é também a solução encontrada no direito francês, a despeito da ausência de regra expressa.¹⁷³

Pretensão do legatário à entrega do objeto do legado. Da petição de herança distingue-se a *ação do legatário* para haver a entrega do legado. É uma ação de reivindicação, porque tem ele a propriedade advinda do título de sucessor singular, e reclama a posse,¹⁷⁴ porque o herdeiro lhe deve a entrega do legado.

437. CESSÃO DA HERANÇA

O herdeiro pode fazer a outro ou a terceiro a *cessão da herança*, a título gratuito ou oneroso, realizando a transmissão, ao cessionário, de toda a herança ou parte dela, de todo o seu quinhão ou parte dele.

Não é qualidade de herdeiro o objeto deste negócio jurídico,¹⁷⁵ porém os direitos que lhe assistem na sucessão aberta. A cessão importa então em aquisição a título particular.¹⁷⁶

A sua validade e efeitos deverão guardar fidelidade a certos requisitos e princípios:

1. O cedente deve ser capaz, compreendendo-se em particular o poder de disposição: capacidade para alienar e não apenas a genérica. Sendo casado, deve contar com a autorização do cônjuge, apenas dispensável se o regime de bens for o da separação (Código Civil de 2002, art. 1.647, nº I).¹⁷⁷ O mesmo se diga quanto às pessoas que vivem em união estável (Código Civil de 2002, art. 1.725).¹⁷⁸

2. A cessão somente terá validade após a *abertura da sucessão*, sendo nula se versar herança de pessoa viva (Código Civil de 2002, art. 426).

3. A forma é pública (Código Civil de 2002, art. 1.793), independentemente do valor do quinhão cedido; se as partes não a adotarem, será nulo o negócio (Código Civil atual, art. 166, nº IV).

4. Deve concluir-se antes da partilha, pois que a homologação desta individua no quinhão do herdeiro os bens que o integram. Realizada posteriormente, o negócio será uma alienação de coisa certa e determinada, posto conserve o *nomen iuris* de cessão. Mas não induz nulidade¹⁷⁹ o fato de se proceder à alienação depois de homologada a partilha, sob a designação de cessão de herança.

5. O cedente transfere a sua quota-parte naquele complexo (*universitas*). Se discriminar as coisas que pretende alienar, não obriga com isto os coerdeiros, perante os quais é ineficaz a alienação, salvo se precedida de autorização judicial (Código Civil de 2002, art. 1.793, §§ 2º e 3º). É, todavia, dispensável semelhante autorização quando *todos* os coerdeiros (maiores e capazes) comparecerem ao ato para manifestar sua anuência.¹⁸⁰

6. O cessionário recebe a herança no estado em que se acha, correndo portanto os riscos de ser mais ou menos absorvida pelas dívidas. Subordinada às normas disciplinadoras da cessão de crédito (nº 179, *supra*, vol. II), o cedente responde pela existência da herança (*veritas nominis*). Somente se obriga pelo valor do direito cedido (*bonitas nominis*) no caso de fazê-lo por expresso.

7. Negócio jurídico aleatório, o cessionário toma sobre si os riscos da quantidade. Não responde, portanto, o cedente se na partilha vierem as coisas a existir em quantidade menor do que a esperada, a não ser que haja ressalva expressa.

8. Dado o seu caráter aleatório, não responde o cedente pela evicção.¹⁸¹

9. Sendo a venda feita a estranho, e não tendo o cedente oferecido aos coerdeiros a sua parte, para que exerçam o seu direito de preferência, tanto por tanto (Código Civil de 2002, art. 1.794), qualquer deles que, no prazo decadencial¹⁸² de cento e oitenta dias após a transmissão, depositar a quantia, haverá para si a herança cedida. E, se mais de um herdeiro a quiser, entre eles se distribuirá o quinhão cedido, na proporção das respectivas quotas hereditárias (Código Civil de 2002, art. 1.795 e parágrafo único).

10. Os credores do espólio têm direito a haver *intra vires hereditatis* a satisfação de seus créditos. Cedida a herança sem a sua ciência, conservam a ação contra o herdeiro, ainda que o cessionário assuma o débito, porque para

eles a alienação é *res inter alios*.¹⁸³

11. Anexado ao processo de inventário o instrumento da cessão, com o cessionário correm os trâmites subsequentes, sem que se proceda à retificação do termo de inventariante. Na partilha será contemplado o cessionário, tirando-se em seu nome o pagamento que caberia ao herdeiro cedente (v. nº 481, *infra*).

12. Em princípio, a cessão abrange apenas os direitos hereditários havidos até a data de sua realização. Se, depois dela, houver em favor do cedente substituição ou direito de acrescer (por exemplo, em razão de renúncia de coerdeiro: Código Civil de 2002, art. 1.810), os direitos daí resultantes presumem-se não abrangidos no ato de alienação do quinhão hereditário (Código Civil de 2002, art. 1.793, § 1º).¹⁸⁴ Nada impede, porém, que as partes, prevendo qualquer daquelas hipóteses, estabeleçam regra oposta.

¹ Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nº 1.503; Colin *et* Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 526; De Page, *Traité...*, vol. IX, nº 1; Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. I, § 7º, pág. 15; Vialleton, *Les Successions*, pág. 15; Malaurie e Aynès, *Les Successions – Les libéralités*, nº 40; Michel Grimaldi, *Droit Civil – Successions*, nº 85.

² Lacerda de Almeida, *Direito das Sucessões*, § 7º; De Page, *ob. cit.*, vol. VIII, nºs 21 e 22; Laurente, *Principes de Droit Civil*, vol. VIII, pág. 512; Baudry-Lacantinerie *et* Wahl, *Trattato Teorico Pratico di Diritto Civile, Delle Successioni*, vol. I, nº 110, Vialleton, *loc. cit.*

³ Mario Calogero, *Disposizioni generali sulle successioni*, pág. 39 e nota nº 100.

⁴ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 64.

⁵ Vareilles-Sommières, *Les Personnes Morales*, nº 1.554.

⁶ Savigny, *Traité de Droit Romain*, vol. II, págs. 359 e segs.

⁷ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 9º, nota I; Caio Mário da Silva Pereira, *Efeitos do Reconhecimento de Paternidade Ilegítima*, nº 115; De Page, *Traité Élémentaire*, vol. IX, nº 485; Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. I, § 34; Vialleton, *Les Successions*, pág. 63.

⁸ Paul Leuba, *Du Régime Successoral en France et en Suisse*, pág. 84.

⁹ Westrup, *La Succession Primitive devant l'Histoire Comparative*, pág. 32; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, vol. I, § 78.

¹⁰ Orosimbo Nonato, voto proferido no Supremo Tribunal Federal, *in Revista*

- Forense*, vol. 110, pág. 379; Anna Maria Villela, *La Transmission d'Hérédité en Droit Brésilien et en Droit Français*, pág. 26.
- 11 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 31.
 - 12 Débora Gozzo, *Comentários...*, comentário ao art. 1.791, nº 3; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, comentário ao art. 1.791; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários...*, comentário ao art. 1.791; José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, comentário ao art. 1.791.
 - 13 Mario Calogero, *Disposizioni generali sulle successioni*, pág. 230.
 - 14 Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 13.
 - 15 Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. I, nºs 64 a 66; Van Wetter, *Pandectes*, vol. VI, § 645; Luigi Ferri, *Successioni in Generale*, pág. 67.
 - 16 Lacerda de Almeida, *Direito das Sucessões*, § 8º.
 - 17 Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 7º; Lacerda de Almeida, ob. cit., §§ 8º e 9º; Hermenegildo de Barros, *Do Direito das Sucessões*, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, nºs 60 e segs.; Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nºs 70 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, nº 14; Orlando Gomes, *Direito das Sucessões*, nº 14.
 - 18 Hermenegildo de Barros, ob. cit., pág. 40.
 - 19 Cf. a respeito da coexistência da sucessão legítima e testamentária: Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, nº 18.
 - 20 Com o julgamento do RE nº 878.694-MG, pelo Supremo Tribunal Federal (ainda não concluído, na data em que se redige esta nota, mas com expressivo número de votos já proferidos), também o companheiro deverá ser incluído nessa categoria, encerrando dúvidas acerca do tema.
 - 21 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 28.
 - 22 Caio Mário da Silva Pereira, “Críticas ao Anteprojeto de Código Civil”, in *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, nº 20, pág. 94, 1972.
 - 23 Frederic Girard, *Textes de Droit Romain*, pág. 14; Vitali, *Delle Successioni*, vol. V, nº 6.
 - 24 Adriano De Cupis, *I Diritti della Personalità*, nºs 6, 217 e 218; Orlando Gomes, “Direitos da Personalidade”, *Revista Forense*, vol. 216, pág. 9; Frédéric Pollaud-Dulian, *Le Droit d'Auteur*, 2005, nº 553.
 - 25 Veja-se, no entanto, a opinião de Ana Luiza Maia Nevares, *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, págs. 125 e segs., onde a autora sustenta que o fenômeno não é de verdadeira sucessão, mas de aquisição de “um direito novo e próprio”.
 - 26 Cf. sobre o objeto da sucessão: Endemann, *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*,

- vol. III, parte 1^a, págs. 2 e segs.; Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 169; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, vol. I, § 80; De Page, *Traité Élémentaire*, vol. IX, nº 14; Luigi Ferri, *Successioni in Generale*, nº 17 e segs.; Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. I, § 58, pág. 142.
- 27 Cf. sobre “Pactum de contrahendo” no patrimônio do *de cuius*, Walter D'Avanzo, pág. 157; e ainda o que está em o nº 200 destas *Instituições*. Sobre a sentença a ser proferida nessas hipóteses, veja-se o art. 501 do novo Código de Processo Civil.
- 28 Amplo tratamento da matéria em André Gustavo Corrêa de Andrade, “A transmissibilidade do direito de indenização do dano moral”, in *Revista Forense*, vol. 381, págs. 25 e segs., e em Bruno Dantas Nascimento e Edmar Ramiro Correia, “Direitos da personalidade e reparação do dano moral após a morte: reflexões sobre a transmissibilidade de direitos, legitimidade para a causa e sucessão de partes”, in *Direito Civil e Processo – Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, 2007, págs. 345 e segs. (em especial, págs. 353 e segs.). Para o direito italiano, Mario Calogero, *Disposizioni generali sulle successioni*, pág. 14, nota nº 35; para o francês, Michel Grimaldi, *Droit Civil – Successions*, nº 61, pág. 59; para o português, Capelo de Souza, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, nº 16.4, págs. 290 e segs.
- 29 Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 608.
- 30 Acrescente-se que a incapacidade sucessória nunca será absoluta, no sentido de privar alguém da possibilidade de ser sucessor de quaisquer outras pessoas, mas limitada à sucessão de pessoa(s) *determinada(s)*: Trabucchi, *Istituzioni...*, § 173; Salvestroni, *Della Capacità di Sucedere – Dell'indegnità*, pág. 18. A noção já se encontra bem assentada na doutrina brasileira: Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LV, § 5.600, nº 2.
- 31 Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, ao art. 1.577; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 15.
- 32 Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, ob. cit., nº 99; Laurent, *Principes de Droit Civil*, vol. VIII, nº 535.
- 33 Alberto Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 173.
- 34 Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 1.534.
- 35 Antonio Cicu, *Le Successioni*, vol. I, pág. 73; Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. I, § 16, pág. 31.
- 36 Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento”, pág. 215.
- 37 Em sentido contrário à possibilidade de *ampliação* do prazo, Guilherme

Calmon Nogueira da Gama, “Capacidade para testar,...”, pág. 216, nota nº 88; Ana Luiza Maia Nevares, *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, pág. 27. Para Eduardo de Oliveira Leite, o prazo poderia ser dilargado, pelo testador, “por mais dois anos” (“Bioética e presunção de paternidade”, pág. 26).

³⁸ De Page, *Traité Élémentaire*, vol. IX, nº 44.

³⁹ Malaurie e Aynès, *Les Successions – Les libéralités*, nº 43, p. 43; Michel Grimaldi, *Droit Civil – Successions*, nº 85, p. 84.

⁴⁰ Para o direito francês, veja-se Michel Grimaldi, *Droit Civil – Successions*, nº 88, pág. 86.

⁴¹ Para o último dentre os autores citados, outra solução “ocorreria se houvesse disposição legislativa favorecendo o fruto de inseminação *post mortem*. Sem aquela previsão não há que se cogitar a possibilidade de eventuais direitos sucessórios” (ob. cit., pág. 110). *Data venia*, parece ao atualizador deste volume que basta, para ali reconhecer a legitimação sucessória, a regra *constitucional* da absoluta igualdade entre filhos, independentemente da existência de qualquer outra norma infraconstitucional.

⁴² Para Guilherme Calmon Nogueira da Gama (ob. cit., loc. cit.), a admissão da legitimação sucessória, nessa hipótese, necessariamente partiria da premissa (que ele *nega*) da constitucionalidade do emprego de técnicas de reprodução assistida *post mortem*. Veja-se, do mesmo autor, *A Nova Filiação: O Biodireito e as Relações Parentais*, Renovar, 2003, págs. 936 e segs. (em especial, pág. 953).

⁴³ Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.800.

⁴⁴ Não cogitamos, neste passo, do Estado, a propósito de cuja condição hereditária a doutrina discute, como se vê em Luigi Ferri, *Successioni in Generale*, pág. 134, e melhor veremos mais adiante, em o nº 451.

⁴⁵ Enneccerus, Kipp y Wolff, § 1º, nº IV.

⁴⁶ Luigi Ferri, ob. cit., pág. 135; Orlando Gomes, ob. cit., nº 29.

⁴⁷ O texto original destas *Instituições* (e até a sua 18ª edição) informava que, no direito italiano, tal prazo era de um ano, citando, a propósito, a obra de Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile* (em antiga edição). Todavia, desde 2000, o direito italiano, em matéria de capacidade sucessória, equiparou os “entes não reconhecidos” às pessoas jurídicas regularmente constituídas. Desapareceu, pois, a exigência de sua constituição no prazo de um ano. Cf. Trabucchi, *Istituzioni* (43ª ed., 2007), nº 173, pág. 430, nota de rodapé nº 1; Mario Calogero, *Disposizioni generali sulle successioni*, pág. 172.

- 48 Luigi Ferri, *Successioni in Generale*, pág.135.
- 49 Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 171; Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. I, § 28.
- 50 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 141.
- 51 Coelho da Rocha, *Instituições...*, vol. I, § 344.
- 52 Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire*, vol. III, nº 1.542; Luigi Ferri, *Successioni in Generale*, pág.163; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 49; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários...*, comentário ao art. 1.814; Débora Gozzo, *Comentários...*, comentário nº 2 ao art. 1.814; Michel Grimaldi, *Droit Civil – Successions*, nº 90.
- 53 De Page, *Traité...*, vol. IX, nº 75.
- 54 Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, nota 40 ao art. 982; Coelho da Rocha, ob. cit., loc. cit.
- 55 Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 60; Salvestroni, *Della Capacità di Succedere – Dell'indegnità*, págs. 40 e segs. e 76-77.
- 56 Antonio Cicu, *Le Successioni*, pág. 88; Luigi Ferri, ob. cit., pág.145.
- 57 Enneccerus, Kipp y Wolff, ob. cit., vol. II, § 141; Salvestroni, ob. cit., pág. 89.
- 58 Luigi Ferri, ob. cit., pág.154; Vitali, *Delle Successioni*, vol. II, nº 1.049.
- 59 Antonio Cicu, *Le Successioni*, vol. I, pág. 86.
- 60 Planiol, Ripert et Boulanger, ob. cit., nº 1.543; Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 611; De Page, ob. cit., nº 76; Malaurie e Aynès, *Les Successions – Les Libéralités*, nº 48; Guével, *Droit des Successions et des Libéralités*, nº 88.
- 61 Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 49.
- 62 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 69; Hermenegildo de Barros, “Direito das Sucessões”, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, pág. 339.
- 63 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Successiones*, vol. II, § 141.
- 64 De acordo, no sistema do novo Código Civil, Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários...*, comentário ao art. 1.814, nota nº 201.
- 65 Colin et Capitant, ob. cit., nº 613; Vialleton, *Les Successions*.
- 66 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 72.
- 67 Vitali, ob. cit., vol. II, nº 1.084.
- 68 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 75.
- 69 Salvestroni, *Della Capacità di Succedere – Dell'indegnità*, pág. 95, nota nº 44.
- 70 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Successiones*, vol. II, § 141.
- 71 Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, nºs 78 e 79.
- 72 Vitali, *Delle Successioni*, vol. II, nº 1.109.

- ⁷³ Salvestroni, *Della Capacità di Succedere – Dell'indegnità*, pág. 87.
- ⁷⁴ Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 47; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, comentário ao art. 1.815.
- ⁷⁵ Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. I, § 21.
- ⁷⁶ Salvestroni, *Della Capacità di Succedere – Dell'indegnità*, págs. 82 e 84; Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, nº 29.7. Acerca da natureza da sentença de exclusão, não há, porém, unanimidade na doutrina: cf. Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, § 11, nº 28; Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, t. I, nº 47.
- ⁷⁷ Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, comentário ao art. 1.815.
- ⁷⁸ Vitali, ob. cit., nº 1.132; Enneccerus, loc. cit.
- ⁷⁹ Malaurie e Aynès, *Les Successions – Les Libéralités*, nºs 44-48; Guével, *Droit des Successions et des Libéralités*, nº 88.
- ⁸⁰ Enneccerus, Kipp y Wolff, loc. cit.; Salvestroni, *Della Capacità di Succedere – Dell'indegnità*, pág. 40.
- ⁸¹ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 81.
- ⁸² Enneccerus, Kipp y Wolff, loc. cit.
- ⁸³ Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 173; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 48; Salvestroni, *Della Capacità di Succedere – Dell'indegnità*, págs. 124-125.
- ⁸⁴ Antonio Cicu, ob. cit., págs. 97 a 99; Salvestroni, *Della Capacità di Succedere – Dell'indegnità*, pág. 104.
- ⁸⁵ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, pág. 88; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 90.
- ⁸⁶ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 30.
- ⁸⁷ Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 48, o qual acrescenta que, sendo ambos os genitores excluídos, a administração dos bens hereditários deve ser atribuída a um curador (solução também encontrada, na doutrina brasileira, em José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, comentário ao art. 1.816).
- ⁸⁸ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 95; Hermenegildo de Barros, ob. cit., nº 234, pág. 379; Aubry et Rau, *Cours...*, vol. IX, § 550-bis. Vigente o Código Civil anterior, Pontes de Miranda reputava inadmissível a comunicação da herança ao cônjuge excluído por indignidade (*Tratado de Direito Privado*, t. LV, § 5.603, nº 5).
- ⁸⁹ Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité...*, vol. III, nº 1.551.
- ⁹⁰ Vitali, *Delle Successioni*, vol. I, nº 259.
- ⁹¹ Mantém-se, neste ponto, a redação original do autor destas *Instituições*, o qual,

nas edições anteriores ao Código vigente, aludia a “prescrição” e, coerentemente, empregava o verbo “prescrever”. A sistemática do Código Civil de 2002, todavia, indica tratar-se (ao menos, *de lege lata*) de prazo *decadencial*: nesse sentido, José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, comentário ao art. 1.815; Débora Gozzo, *Comentários...*, comentário ao art. 1.815.

- ⁹² Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 30; José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, loc. cit.
- ⁹³ Luigi Ferri, ob. cit., pág. 147; Salvestroni, *Della Capacità di Succedere – Dell’indegnità*, pág. 126.
- ⁹⁴ Barassi, *Successioni*, nº 27; Enneccerus, Kipp y Wolff, vol. II, § 141.
- ⁹⁵ Hermenegildo de Barros, ob. cit., pág. 359.
- ⁹⁶ Orosimbo Nonato, *Aspectos da Sucessão Testamentária*, nº 494.
- ⁹⁷ Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 35.
- ⁹⁸ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 86.
- ⁹⁹ Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 495.
- ¹⁰⁰ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 86; Zeno Veloso, *Comentários*, com. ao art. 1.961, nº 6; Débora Gozzo e Silvio de Salvo Venosa, *Comentários...*, com. ao art. 1.818, nº 1; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 1.818.
- ¹⁰¹ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 87.
- ¹⁰² Deve-se presumir o perdão tácito na hipótese de o testador, embora ciente do ato de indignidade praticado por sucessor testamentário, deixar de revogar a disposição que o beneficia: Salvestroni, *Della Capacità di Succedere – Dell’indegnità*, pág. 117.
- ¹⁰³ Vitali, *Delle Successioni*, vol. II, nº 1.214.
- ¹⁰⁴ Orlando Gomes, loc. cit.
- ¹⁰⁵ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários...*, comentário ao art. 1.818, pág. 167; Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, nº 29.7, pág. 319. É a interpretação adotada também na Itália e em Portugal, prováveis fontes históricas (próximas) do dispositivo agora inserido no Código Civil: Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, § 11, nº 27; Trabucchi, *Istituzioni...*, § 173; Capelo de Souza, *Lições...*, vol. I, pág. 268; Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições...*, pág. 184.
- ¹⁰⁶ Ao ver do atualizador deste volume, a hipótese não é de carência de ação, por ilegitimidade *ad causam* dos possíveis beneficiários da exclusão, mas de improcedência do pedido (julgamento *de mérito*). A reabilitação, expressa ou tácita, constitui fenômeno ocorrente no plano do direito *material*, a que

corresponde o mérito da causa, na ação de exclusão por indignidade.

- ¹⁰⁷ Orlando Gomes, loc. cit.
- ¹⁰⁸ Hermenegildo de Barros, “Direito das Sucessões”, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, pág. 142.
- ¹⁰⁹ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 13; Vitali, *Delle Successione*, vol. V, nº 82.
- ¹¹⁰ Cf. nº 83, *supra*, vol. I; Orlando Gomes, ob. cit., nº 23; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 62.
- ¹¹¹ Antonio Cicu, *Le Successioni*, vol. I, pág. 135.
- ¹¹² Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 64.
- ¹¹³ Cf. a propósito dos efeitos da aceitação e da controvérsia. De Page, *Traité Élémentaire*, vol. IX, nº 533.
- ¹¹⁴ Luigi Ferri, *Successioni in Generale*, pág. 98; Walter D’Avanzo, *Successioni*, vol. I, § 53; De Page, ob. cit., nº 537.
- ¹¹⁵ Luigi Ferri, ob. cit., pág. 58.
- ¹¹⁶ Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 635.
- ¹¹⁷ Clóvis Beviláqua, loc. cit.; Vialleton, *Les Successions*, pág. 78.
- ¹¹⁸ Antonio Cicu, *Le Successioni*, vol. I, pág. 142; Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 636.
- ¹¹⁹ Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.094.
- ¹²⁰ Colin et Capitant, ob. cit., vol. III, nº 637.
- ¹²¹ Lacerda de Almeida, *Direito das Sucessões*, § 27.
- ¹²² Vitali, *Delle Successioni*, vol. V, nº 93, pág. 513.
- ¹²³ A questão é controvertida no direito italiano: cf. Mario Calogero, *Disposizioni generali sulle successioni*, pág. 173 e nota nº 11; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 62, págs. 158-159.
- ¹²⁴ Barassi, *Successioni*, nº 46; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 38; De Page, ob. cit., nº 546.
- ¹²⁵ Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 643.
- ¹²⁶ Vitali, ob. cit., vol. V, nºs 220 e segs.
- ¹²⁷ M. G. Lepointe, *Les Successions dans l’Ancien Droit*, nº 47.
- ¹²⁸ Vitali, ob. cit., vol. VI, nº 353.
- ¹²⁹ Lacerda de Almeida, loc. cit.; Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, § 432; Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, nota 32 ao art. 978.
- ¹³⁰ Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.127; De Page, *Traité Élémentaire*, vol. IX, nºs 703 e 720.

- ¹³¹ Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. I, § 53.
- ¹³² Lacerda de Almeida, ob. cit., § 20; Teixeira de Freitas, loc. cit.
- ¹³³ Cf. sobre o direito de deliberar: Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 78; Hermenegildo de Barros, ob. cit., pág. 189; Lacerda de Almeida, ob. cit., § 27; Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 5º; Orlando Gomes, ob. cit., nº 22.
- ¹³⁴ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 38.
- ¹³⁵ Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 85.
- ¹³⁶ Antonio Cicu, *Le Successioni*, vol. I, pág. 157.
- ¹³⁷ Page, *Traité Élémentaire...*, vol. IX, nº 742.
- ¹³⁸ Carlos Maximiliano, loc. cit.
- ¹³⁹ Pacifici-Mazzoni, *Istituzioni di Diritto Civile*, vol. VI, nº 219.
- ¹⁴⁰ Vittorio Polaco, *Delle Successioni*, pág. 419; Barassi, *Successioni*, nº 45.
- ¹⁴¹ Alberto Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 201.
- ¹⁴² Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol III, nº 2.400.
- ¹⁴³ Planiol, Ripert et Boulanger, ob. cit., nº 2.401.
- ¹⁴⁴ Endemann, *Lerbuch des Bürgerlichen Rechts*, vol. III, pág. 783; Barassi, *Successioni*, nº 45-b; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, § 5.652, nº 3.
- ¹⁴⁵ Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, vol. I, § 78; Orlando Gomes, *Direito das Sucessões*, nº 26.
- ¹⁴⁶ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 20; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 38; Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 130.
- ¹⁴⁷ Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, nº 201; Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 26.
- ¹⁴⁸ O verbo *anular* consta do texto original destas *Instituições*, mas ao atualizador do volume parece mais apropriado enxergar aqui o fenômeno da *ineficácia* da renúncia, conforme ensinamento de Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LV, § 5.591, nº 9.
- ¹⁴⁹ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 43; Hermenegildo de Barros, ob. cit., nº 135; Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, ao art. 1.586; João Luiz Alves, *Código Civil Interpretado*, observação ao art. 1.586; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LV, § 5.591, nº 9; Vitali, *Delle Successioni*, vol. V, nº 280, pág. 644.
- ¹⁵⁰ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 46; Hermenegildo de Barros, ob. cit., pág. 213; Antonio Cicu, *Le Successioni*, vol. I, pág. 164.
- ¹⁵¹ Trabucchi, ob. cit., nº 201.

- ¹⁵² De Page, ob. cit., nº 748.
- ¹⁵³ Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 650.
- ¹⁵⁴ Lacerda de Almeida, *Das Pessoas Jurídicas*, § 27; Lacerda de Almeida, *Direito das Sucessões*, § 18; Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 133.
- ¹⁵⁵ Lacerda de Almeida, *Direito das Sucessões*, § 16; Vitali, *Delle Successioni*, vol. I, nº 5.
- ¹⁵⁶ Anna Maria Villela, *La Transmission d'Hérédité en Droit Brésilien et en Droit Français*, pág. 82.
- ¹⁵⁷ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 139.
- ¹⁵⁸ Cuida-se de uma modalidade de tutela *nova*, que se agrega àquelas de que o *de cuius* podia valer-se em vida e que foram transferidas ao sucessor: Cicero e Sitzia, *Petizione di Eredità*, pág. 24 e nota nº 44.
- ¹⁵⁹ Côrrea Teles, *Doutrina das Ações*, § 62; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 22; Lacerda de Almeida, *Direito das Sucessões*, § 3º; Ruggiero e Maroi, *Instituzioni...*, vol. 80; Vitali, *Delle Successioni*, vol. V, nº 189, pág. 587; Cicero e Sitzia, *Petizione di Eredità*, págs. 40-42; De Page, *Traité...*, vol. IX, nº 794, contesta-lhe o caráter de ação real. Sobre a evolução histórica da ação de petição de herança, Cicero e Sitzia, ob. cit., págs. 25 e segs.
- ¹⁶⁰ Luciano Vianna de Araújo, “A petição de herança”, pág. 470.
- ¹⁶¹ Hermenegildo de Barros, “Do Direito das Sucessões”, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, pág. 136.
- ¹⁶² Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 66; Cicero e Sitzia, *Petizione di Eredità*, pág. 79, nota nº 261.
- ¹⁶³ Luciano Vianna de Araújo, “A petição de herança”, pág. 473.
- ¹⁶⁴ A legitimação passiva do detentor é reconhecida na doutrina italiana (Cicero e Sitzia, *Petizione di Eredità*, pág. 77). No direito brasileiro, com o advento do Código de Processo Civil de 2015, o detentor, citado na ação de petição de herança, poderá alegar sua ilegitimidade e indicar a pessoa em cujo nome conserva a posse (art. 339).
- ¹⁶⁵ Ruggiero e Maroi, loc. cit.; Antonio Cicu, ob. cit., pág. 175. A aparência pode ser meramente *parcial* como na hipótese de herdeiro de parte, que, todavia, se apresente como herdeiro *de todo o acervo*: Cicero e Sitzia, *Petizione di Eredità*, págs. 106-107.
- ¹⁶⁶ Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.252; Barassi, *Successioni*, nº 48-b.
- ¹⁶⁷ Luciano Vianna de Araújo, “A petição de herança”, pág. 468. É a solução do direito italiano: cf. Cicero e Sitzia, *Petizione di Eredità*, p. 69.

- ¹⁶⁸ Cicero e Sitzia, *Petizione di Eredità*, pág. 75.
- ¹⁶⁹ De Page, ob. cit., nº 797.
- ¹⁷⁰ Barassi, ob. cit., nº 48-b; Luciano Vianna de Araújo, “A petição de herança”, pág. 467. Na doutrina italiana, porém, Cicero e Sitzia (*Petizione di Eredità*, pág. 43) admitem o emprego da ação de petição de herança para a reivindicação de bens singulares.
- ¹⁷¹ Assim, “se na data de sua entrada em vigor já tiver decorrido mais de 10 (dez) anos, o prazo prescricional, referente à pretensão à herança, será o do Código Civil de 1916, ou seja, 20 (vinte) anos. Por outro lado, se não tiver transcorrido mais da metade, o prazo será de 10 (dez) anos” (Luciano Vianna Araújo, “A petição de herança”, pág. 481).
- ¹⁷² A expressão “herdeiro aparente” engloba o *legatário* aparente: é a solução alvitada, na doutrina italiana, por Ferri, *Successioni in Generale*, pág. 227. Mas a questão, na Itália, é controvertida: cf. Cicero e Sitzia, págs. 115-117.
- ¹⁷³ Michel Grimaldi, *Droit Civil: Successions*, 6ª ed., 2001, nº 527.
- ¹⁷⁴ Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, ob. cit., nº 1.263.
- ¹⁷⁵ Por isso, para alguns autores, faltaria ao cessionário a legitimidade para a ação de petição de herança: Ferri, *Successioni in Generale*, págs. 203-204; Cicero e Sitzia, *Petizione di Eredità*, págs. 61-62 e nota nº 192.
- ¹⁷⁶ Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, ob. cit., nº 1.263.
- ¹⁷⁷ Rodrigo Toscano de Brito, “Cessão de direitos hereditários...”, pág. 382. Em relação aos casamentos *anteriores* ao vigente Código Civil, celebrados sob o regime da separação de bens, entende o atualizador deste volume ser *dispensável* a autorização do cônjuge (cf. Carlos Maximiliano, *Direito Intertemporal*, 2ª ed., Freitas Bastos, 1955, pág. 87; Serpa Lopes, *Comentário Teórico e Prático da Lei de Introdução ao Código Civil*, Livraria Jacintho Editora, 1943, vol. I, págs. 343-344).
- ¹⁷⁸ Rodrigo Toscano de Brito, ob. cit., págs. 386 e 394.
- ¹⁷⁹ Lacerda de Almeida, *Direito das Sucessões*, § 28.
- ¹⁸⁰ Rodrigo Toscano de Brito, ob. cit., pág. 395.
- ¹⁸¹ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 118.
- ¹⁸² Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.795.
- ¹⁸³ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 114.
- ¹⁸⁴ Rodrigo Toscano de Brito, “Cessão de direitos hereditários...”, págs. 388-389.

PARTE SEGUNDA

DA SUCESSÃO LEGÍTIMA

CAPÍTULO C

ORDEM DE SUCESSÃO

Sumário

438. Conceito de sucessão legítima. **439.** Vocação hereditária. **440.** Sucessão por cabeça (Código Civil de 1916). **440-A.** Sucessão por direito próprio no Código Civil de 2002. **441.** Direito de representação (Código Civil de 1916 e Código Civil de 2002).

Bibliografia

Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. I, n^{os} 157 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 24 e segs.; Hermenegildo de Barros, *Direito das Sucessões*, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, n^{os} 235 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, n^{os} 112 e segs.; Orlando Gomes, *Direito das Sucessões*, 15^a ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, n^{os} 36 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, §§ 86 e segs.; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, n^{os} 1.574 e segs.; Planiol et Ripert, *Traité Pratique*, vol. IV, n^{os} 64 e segs.; Henri De Page, *Traité Élémentaire*, vol. IX, n^{os} 88 e segs.; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, n^{os} 731 e segs.; Luigi Ferri, *Successioni in Generale*, págs. 173 e segs.;

Antonio Cicu, *Le Successioni*, vol. II, págs. 1 e segs.; Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. II, §§ 164 e segs.; Vittore Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. V, págs. 198 e segs.; Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, 2ª ed., Giuffrè, 2002, t. I; Carlos Vattier Fuenzalida, *El Derecho de Representación en la Sucesión "Mortis Causa"*, Montecorvo, 1986; Carlos Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho Civil*, 3ª ed, Marcial Pons, 2003, t. VII (*Derecho de Sucesiones*); Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, 4ª ed., Forense, 2004, vol. XXI; Débora Gozzo e Sílvio de Salvo Venosa, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, 1ª ed., Forense, 2004, vol. XVI; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, 2003, vol. XX; José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, Atlas, 2003, vol. XVIII.

438. CONCEITO DE SUCESSÃO LEGÍTIMA

Ao sucessor é deferida a herança em obediência ao testamento ou ao mandamento da lei. No primeiro caso, prevalecem as disposições de última vontade manifestadas na conformidade das normas que presidem à facção testamentária. No segundo, a lei menciona as pessoas e estabelece as regras da delação da herança. Desenvolvidas ambas no direito positivo, não se pode reconhecer superioridade de uma sobre outra, em prestígio ou importância, embora seja lícito cogitar da precedência histórica, como adiante se fará.¹

Denomina-se, então, sucessão legítima a que é deferida por determinação da lei. Atendendo ao que ocorre quando o sucedendo morre sem testamento (*intestado*), diz-se também *ab intestato*. E tendo em consideração que se processa sob o império exclusivo da lei, sem a participação da vontade, pode também designar-se como sucessão legal. Em nossos meios, é a mais frequente, tendo-se em vista a menor difusão do testamento e, portanto, da sucessão testada.

Numa referência simplesmente positivista, poderíamos limitar-nos a dizer que o seu fundamento é a vontade legislativa. Assim é, porque o legislador assim quer. No plano histórico-comparativo, é possível ir mais longe, para atestar que assim tem sido. Um mergulho em profundidade pelos sistemas

jurídicos no passado revela como as civilizações antigas cuidavam de disciplinar a transmissão de bens aos herdeiros chamados a suceder, independentemente da vontade do defunto. Uma pesquisa pela atualidade dos sistemas acusa a sua incidência constante.

Quando o jurista procura explicar o fenômeno sucessório *ab intestato*, encontra porém uma notória diversificação conceitual, seja no plano de sua fundamentação, seja no de sua justificação. Funda-se, genericamente, no fato de se ligar uma pessoa a um agrupamento familiar, pela consanguinidade ou pelo casamento, e faltando um ou outro, de sujeitar-se à soberania de um Estado.² No direito brasileiro, a partir da Lei nº 8.971, de 29 de dezembro de 1994, também os laços decorrentes da união estável, instituto reconhecido como entidade familiar, passaram a constituir fundamento da sucessão *ab intestato*.

Sua justificação é mais polêmica. Travavam-se de razões os juristas, os economistas, os sociólogos e filósofos na crítica e na defesa da sucessão *causa mortis*, e especialmente da sucessão legítima (v. *supra*, introdução). Não se deve, todavia, omitir a vitória que em todos os sistemas jurídicos da atualidade encontra o pensamento sucessório, a que não escapam mesmo os de cunho socialista, dogmaticamente adversos à transmissão hereditária de bens (v. Constituição da República de Cuba, art. 24).

Enquanto prevaleceu a comunidade familiar, não se cogitava de sucessão, a qual somente veio a se desenvolver sob influência do sentimento individualista.³

Na Cidade Antiga, a sucessão foi primeiro *ab intestato*. A morte do chefe impunha a transmissão dos bens. Ao culto doméstico prendia-se a propriedade. A casa era o asilo inviolável, onde se erigia o altar, sobre cuja pedra (*lar*) eram feitos os sacrifícios e propiciados os deuses (*dii lares*). O terreno em sua volta era cercado. Protegendo-a dos estranhos, não admitidos ao culto. A morte do *pater* determinava a sucessão, que derivava das crenças e justificava a transmissão ao filho, não por ser de seu sangue, mas como o continuador do culto. Herda ele, então, não pela vontade do pai, mas por imposição dos deuses e dos homens. Subordinando à *potestas* do chefe, sucede sem a liberdade de se esquivar. É herdeiro necessário – *heres necessarius*. Tão naturalmente fluía a herança do *pater*, que morria, ao filho que

continuava do domínio daquelas mesmas coisas, nas quais a sua presença era indispensável à preservação do princípio religioso, que a linguagem mesma do *Digesto* insinua que o herdeiro era instituído por direito próprio – *ipso ius heres existit* (*Digesto*, Livro 38, Título XVI, fr. 14), e ainda as *Institutas* o qualificam com *heres suus*, herdeiro de si mesmo.⁴

Foi também a continuidade dos deveres religiosos que sugeriu o nascimento da sucessão testamentária. O culto não se podendo interromper, permitiu-se ao *pater familias* designar quem lhe sucedesse nos bens e nas práticas religiosas. Ao tempo das XII Tábuas, já se conhece vestígio de testamento, que foi cultivado na vida civil romana. Sua aprovação soleníssima pela assembleia das cúrias (*comitia curiata*), segundo relata Aulio Gelio, imprimia-lhe caráter sacramental. Só assim o testador podia alterar a lei reguladora da sucessão, substituindo-a pela sua declaração de vontade.⁵ A propósito da evolução da sucessão testamentária, retornamos mais adiante (nº 452, *infra*).

Feito o testamento, a disposição de vontade substituía a sucessão legal. Não subsistia com ela: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*.

Com o tempo e com o progresso da civilização romana, a sucessão testamentária tomou corpo e ganhou importância, tanto na vida civil quanto na vida política, como dão testemunho os fatos históricos ao longo da vida republicana e imperial, narrados por Tácito e Suetônio. Mas foi também deformado como instrumento da cupidez, culminando com Calígula, que conseguia fazer-se nomear herdeiro e mandava matar o testador. É, entretanto, fato histórico que no período imperial foi frequente a prática testamentária, sendo as fontes muito ricas de excertos e princípios.

Ao procurarem justificar a sucessão legítima, os escritores perdem-se em considerações, ora lastreadas em fatos certos, ora um tanto imaginárias.

Deixando de lado uma investigação sociológica das mais controvertidas, mas detendo-nos na conjugação dos mesmos princípios que presidem à sucessão legítima, à preservação dos direitos dos herdeiros necessários, à variação dos graus sucessíveis, e às observações mais seguras, podemos determinar, na sucessão legítima, quatro ordens e influências: histórica, familiar, individual e social.

1. *Histórica*. A sucessão *ab intestato* está presente em todos os povos da Antiguidade. Não apenas na civilização mediterrânea. Também no Oriente Próximo, no Médio e no Extremo Oriente. Os critérios variam, mas, como instituto globalmente considerado, é uma constante entre os romanos, os gregos, os egípcios, os babilônios, os indus, os chineses. E na atualidade do direito, toda a civilização ocidental a cultiva. Em Roma, fundou-se originariamente sobre a relação do parentesco agnático, e só mais tarde, com o desenvolvimento da *Urbs*, envolveu para as de consanguinidade – *cognatio* – especialmente por influência pretoriana.⁶

2. *Familiar*. Há na sucessão legítima um fator de coesão e unidade da família, assegurando a permanência dos bens dentro desse organismo, independentemente de se lhe negar personalidade jurídica (v. nº 368, *supra*, vol. V). Quando se afrouxou a subordinação autocrática da família patriarcal, o elemento familiar subsistiu na conservação do patrimônio em mãos dos que se acham ligados ao *dominus* por laços de sangue ou de aliança, e que direta ou indiretamente concorreram para a formação do patrimônio.

3. *Individual*. A ordem de vocação hereditária obedece ao critério da afeição presumida. Os herdeiros são chamados a suceder numa ordem de gradação afetiva que normalmente encontra confirmação na realidade, de tal modo que dispensa a facção testamentária. Se é certo que vez por outra ocorrem situações excepcionais de inversão das estimas, certo é também que a lei dispõe para o que normalmente acontece – *quod plerumque fit* – e não para os casos de exceção.

4. *Social*. Tendo em linha de conta que é no ambiente social que o homem vive e labora, e que a organização social lhe permite constituir e resguardar seu patrimônio, a ordem de sucessão legal prevê se devolva a herança ao Estado, quando não pode ou não deve tocar aos componentes do grupo familiar, pela inexistência de sucessíveis ou pelo esgotamento da série dos que o são.

Desta sorte, ora limita a extensão dos parentes chamados a herdar, ora dilarga a restituição parcial do acervo ao Estado mediante um esquema de tributação progressiva, em função do valor do monte e do grau de parentesco, como sobre os fundamentos e análise da sucessão legítima se estendem, mais ou menos longamente, os civilistas.⁷

Da conjugação destes fatores resulta a sucessão legítima, que em nosso direito se efetua na ordem de vocação hereditária estabelecida na lei (Código Civil de 1916, art. 1.603; Código Civil de 2002, art. 1.829) e de acordo com as normas legais vigentes ao tempo da abertura da sucessão (Código Civil de 2002, arts. 1.787 e 2.041).

Não prevalecendo o critério romano da unicidade ou da exclusividade, é ela compatível com a sucessão testamentária, respeitadas, porém, as legítimas dos herdeiros necessários (v. nº 453, *infra*).

Cabendo aos herdeiros necessários (descendentes, ascendentes e cônjuge sobrevivente) uma fração da herança (legítima), indisponível pelo *de cuius* em vida (por doação) ou na morte (por *testamento*), diz-se que lhes é assegurada uma reserva, por especialização de conceito a sucessão de tais herdeiros se denomina particularmente *reservatária* ou *legitimária*. E aquele a quem é reconhecida a reserva se denomina herdeiro necessário, como explicado acima (nº 430, *supra*).

Atendendo à liceidade de concurso das duas espécies sucessórias, assenta-se então que se dá a sucessão legítima: *a*) quando o *de cuius* morrer sem testamento; *b*) quando este for nulo ou caduco; *c*) quando o testador não dispuser da totalidade da herança; *d*) quando houver herdeiros necessários, obrigando a redução das deixas para respeitar a quota reservatária. Nas duas primeiras hipóteses, a sucessão legal absorve a totalidade da herança; nas duas últimas se restringe à parte não compreendida na liberdade dispositiva. Quer dizer, na ausência de testamento válido, a sucessão aberta é só a legal; na ocorrência de testamento que não absorva a totalidade da herança, é concorrentemente legítima e testamentária (também ditas *intestada* e *testada*), uma vez que em direito moderno, e particularmente no nosso, não vigora a regra romana da impossibilidade das duas espécies.

439. VOCAÇÃO HEREDITÁRIA

Com a morte de uma pessoa, seus herdeiros são chamados a suceder. Este chamamento ou vocação pode obedecer ao impulso da vontade (sucessão testamentária) ou da lei (sucessão legítima). A primeira atende ao que dispõe o testador, e a sua disciplina coincide com o duplo aspecto da facção testamentária e da capacidade (ou, no sistema do Código Civil de 2002,

legitimação) para receber por testamento (v. nº 455, *infra*).

Aqui tratamos da sucessão legítima, em função do chamado legal aos herdeiros, independentemente da existência de testamento válido, que absorva parcialmente o espólio. Em princípio tem a vocação em vista as relações familiares.

Numa noção sucinta, diz-se que a ordem de vocação hereditária é a distribuição dos herdeiros em classes *preferenciais*, conjugando as duas ideias de grau e de ordem.

A ideia predominante na matéria é o parentesco, não para significar uma exclusividade, pois que os sucessíveis não se restringem aos parentes, porém no fito de esclarecer que a distribuição dos convocados não o perde de vista. Elemento básico e informativo da sucessão é, pois, o *parentesco*, que já foi objeto de nossa explanação no lugar próprio (v. nº 408, *supra*, vol. V) e a que nos reportamos, resumindo todavia as noções ali consignadas, por amor à sistematização. Conforme esclarecemos, e deixando de lado considerações históricas, situamos o parentesco em três ordens ou classes: consanguinidade, afinidade e relações puramente civis.

A) Consanguinidade. É a relação de parentesco que vincula umas às outras, pessoas que descendem de um mesmo tronco ancestral. Para o direito civil moderno, é o parentesco típico, e, a seu turno, pode abranger duas categorias: *legítimo* é o que provém do casamento, e *ilegítimo* o que se origina de relações sexuais eventuais ou extraconjugais. E, conforme inexistir ou existir impedimento entre os pais, a filiação extraconjugual compreende os filhos simplesmente naturais (*ex soluto et soluta*, isto é, de pessoas que poderiam casar-se), os filhos *adulterinos* (quando um dos pais é casado ou ambos o são com pessoa diferente) e os filhos incestuosos (se ocorre o parentesco em grau proibido, entre os pais).

Após a vigência do art. 227, § 6º, da Constituição de 1988, desapareceu a discriminação dos filhos e ficaram abolidas as designações discriminatórias.

B) Afinidade. É a relação que aproxima um cônjuge ou um companheiro aos parentes do outro (vigente Código Civil, art. 1.595), e aí, termina, porque não há afinidade de afinidade (*affinitas affinitatem non parit*). Ao contrário de parentesco biológico, que é perpétuo, a afinidade é transitória, cessando com o casamento ou a união estável que a gerou (salvo situações excepcionais, como

seja o impedimento matrimonial).

C) *Civil*. É o parentesco resultante da adoção, e que, no sistema do Estatuto da Criança e do Adolescente e do Código Civil (art. 1.619, na redação da Lei nº 12.010/2009), atribui direitos sucessórios, reciprocamente, entre o adotante e o adotado.

Tendo em vista o modo de relacionamento entre as pessoas nas três ordens acima apontadas, diz-se que os parentes são em linha reta ou em linha colateral.

Em *linha reta*, também chamada *direta*, quando as pessoas descendem uma da outra: a linha se diz *descendente* se se parte em direção aos parentes que nascem da pessoa considerada (e.g.: de pai a filho, ou de avô a neto etc.), e se chama *ascendente* quando se marcha ao revés na direção do genitor ou progenitor (e.g.: de filho a pai, ou de neto a avô, ou de bisneto a bisavô etc.). O parentesco se denomina em linha *colateral*, *transversal* ou *obliqua*, quando os parentes são ligados a um tronco comum, sem descenderem um de outro.

A rigor, tanto a linha reta quanto a linha colateral deveriam restringir-se ao parentesco consanguíneo, pois que a ideia básica de tronco comum sugere a geração biológica. Mas, tendo em vista situações que analogicamente se apresentam, também se diz com toda exatidão parentesco em linha reta afim (ou afinidade em linha reta, que é o caso de sogro e genro, ou de nora e sogra – descendente e ascendente, respectivamente), como referir-se também à linha colateral por afinidade (cunhados); igualmente é correto mencionar o parentesco civil em linha reta (adotante e adotado), bem como na linha colateral, entre o adotado e os parentes do adotante (Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 41; Código Civil, art. 1.619, na redação da Lei nº 12.010/2009).

Chama-se *grau* a distância em gerações, que se contam de um parente a outro, e, por extensão, se denomina *grau de parentesco* o número de gerações que separam pessoas parentes: *tot sunt gradus quot generationes*.

Contam-se os graus em nosso direito, segundo o critério romano (*ex iure quiritium*). Na linha reta, enumeram-se as gerações subindo (linha ascendente) ou descendo (linha descendente) e o parentesco se mede por graus, quantos sejam as gerações: de pai a filho, uma geração ou um grau; de neto a avô, duas gerações ou dois graus; e assim em diante. Na linha colateral

ou oblíqua, mede-se o parentesco subindo por uma das linhas, até encontrar o ascendente comum, e em seguida desce-se pela outra linha, até encontrar o parente, cujo grau se pretende determinar. Assim, para saber o grau de parentesco de tio com sobrinho, vai-se de filho ao pai (1), do pai ao avô (2) que é o ascendente comum; desce-se ao irmão do pai (3), e então diz-se que tio e sobrinho são parentes em terceiro grau por direito civil.

No parentesco por afinidade, contam-se os graus por analogia com o parentesco consanguíneo, embora não haja um ascendente comum, e diz-se, então, que sogro e nora ou genro são parentes de primeiro grau em linha reta por afinidade; cunhados em segundo grau colateral.

O Direito Romano, a propósito da vocação hereditária, passou por diversas transformações. Nas suas origens não muito bem conhecidas, prevalecia a perpetuidade do culto: o filho era chamado, mais na condição de condômino em vida do pai, do patrimônio doméstico (*vivo quoque patre dominus existimatur*) e se dizia herdeiro de si mesmo, posto que necessário (*heres sui et necessarius*). Aí sobrelevava o princípio da sucessão na personalidade jurídica do morto.⁸

Pela Lei das XII Tábuas, falecido o *pater*, deferia-se a herança a três classes de sucessores: primeiro, aos que se achavam *in potestat*, sob a sua autoridade, e preenchiam a categoria dos herdeiros necessários – *heredes sui et necessarii*; segundo, aos agnados – *agnati* – chamados na falta dos primeiros, e eram os vinculados ao defunto pelo parentesco – *agnatio* – na linha masculina, em que prevalecia a relação de autoridade sobre a consanguinidade; e na falta dos segundos, vinham em terceiro lugar o *gentiles*, pertencentes à mesma *gens*, ou agregado familiar de idêntica progênie.⁹

Mais tarde, o direito pretoriano – *ius honorarium* – instituiu e convocou, sucessivamente: os filhos (*bonorum successio unde liberi*) sem subordinação ao princípio da pátria *potestas*; os agnados (*bonorum successio unde agnati*); os parentes até o sexto grau (*bonorum successio unde cognati*) e em último lugar o cônjuge (*bonorum successio unde vir et uxor*). O *Digesto* menciona (Livro XXXVII, Título I, fr. 3, § 2º) um complexo sistema sucessório, apontando todavia o *Edictum Perpetuum* como a fonte pretoriana de sua criação.¹⁰

Reformulado, as *Institutas Justinianeias* (Livro II, Título 19; e Livro III,

Títulos 1 a 9), e as *Novelas* 118 e 127, estabelecem uma ordem vocacional que se desprende das contingências e dos prejuízos do antigo direito, para chamar: em primeiro lugar, os descendentes; em segundo, os ascendentes e irmãos bilaterais; em terceiro, os irmãos unilaterais; em quarto, os outros colaterais; e, em último, o cônjuge. Mas, se o cônjuge supérstite fosse a mulher, e ficasse pobre e sem dote, poderia galgar o grau e concorrer com os herdeiros do marido, com direito à quarta parte da herança. Na falta desses sucessores, a herança era considerada *vacante*, na conformidade das Leis Júlia e Papia Poppea, chamada a suceder o Estado – *Fícus*.¹¹

O nosso direito pré-codificado, depois que desapareceram a instituição do morgadio e as reminiscências feudais da sucessão na linha masculina com o privilégio conferido ao filho mais velho, estatuiu a vocação hereditária atendendo à seguinte ordem: descendentes, ascendentes, colaterais até o décimo grau por direito civil; cônjuge sobrevivente; Estado.¹²

Na crítica que se lhe fazia, assinalava-se que o princípio da afeição presumida era desatendido no tocante ao cônjuge, relegado a posição remota, pois somente herdava quando faltavam todos os parênteses até o décimo grau, ou seja, numa situação de flagrante inferioridade aos que não tinham efetivamente contato direto com o grupo familiar, e não ocupavam lugar na afeição do morto.

Clóvis Beviláqua, que já defendia a inversão desta ordem,¹³ fê-lo consignar no seu Projeto, de que resultou no Código Civil de 1916, a regra do art. 1.603. A sucessão legítima, no sistema daquele Código, deferia-se: I. aos descendentes; II. aos ascendentes; III. ao cônjuge sobrevivente; IV. aos colaterais; V. ao Estado (a partir da Lei nº 8.049, de 20 de junho de 1990, ao Município), ao Distrito Federal e à União.

No tocante aos colaterais, houve alterações, que melhor desenvolveremos adiante (nº 449, *infra*), bastando-nos de momento mencionar que os colaterais, tanto no Código Civil de 1916 (art. 1.612) quanto no Código Civil de 2002 (art. 1.839), são convocados até o quarto grau.

Modificação mais profunda adveio na Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), para reconhecer a esta, enquanto durasse a viuvez, e se casada em regime que não fosse de comunhão de bens, o direito de usufruto correspondente à quarta parte dos bens deixados pelo marido

quando concorresse com filhos do casal ou do falecido cônjuge, e à metade se não houvesse filhos, embora sobrevivessem os ascendentes do *de cuius*. Em decorrência das alterações que promoveu relativamente à vocação do cônjuge, o Código Civil de 2002 aboliu o usufruto viual, somente reconhecido nas sucessões abertas antes de sua entrada em vigor (art. 2.041), e desde que satisfeitos os requisitos da lei então vigente.

A ordem da vocação hereditária, no sistema do vigente Código Civil, é aquela de seu art. 1.829: I. a primeira classe compõe-se dos descendentes e, em certas situações, também do cônjuge, que concorre com aqueles; II. a segunda, dos ascendentes sempre em concorrência com o cônjuge; III. se faltarem descendentes e ascendentes, o cônjuge será chamado a receber a herança por inteiro, preferindo aos colaterais; IV. não havendo cônjuge, serão chamados os colaterais até o quarto grau; V. por fim, tal como no Código Civil de 1916 (com a redação da Lei nº 8.049, de 20 de junho de 1990), será chamado o Município, o Distrito Federal ou a União a receber a herança vacante (Código Civil de 2002, art. 1.822). Na hipótese, porém, de o *de cuius* ter companheiro, a ordem de vocação hereditária será aquela do art. 1.790 do Código Civil em vigor (inadequadamente inserido em Capítulo que cuida das “Disposições Gerais”, no Título “Da Sucessão em Geral”, e não, como teria sido próprio, no Capítulo relativo à ordem da vocação hereditária, no Título “Da Sucessão Legítima”).

À ordem de vocação hereditária atendem os sucessores por uma causa única – a vontade da lei. Menciona Ruggiero, todavia, três motivos, dizendo que os parentes legítimos sucedem *iure familiae*; os ilegítimos herdam *iure sanguinis*; e o cônjuge *iure coniugii*.¹⁴ A propósito, escrevia o autor destas *Instituições*, ao tempo do Código Civil de 1916: “Esta distinção em nosso direito tem tanto menor relevância que o reconhecimento do filho natural o introduz na família paterna, e desta sorte o parentesco (seja legítimo, ilegítimo ou adotivo) informa a sucessão sem se destacar o direito familiar da consanguinidade”. Com a Constituição de 1988, porém, foram banidas do direito brasileiro quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação (art. 227, § 6º).

Ocupando o último lugar na ordem de vocação hereditária, o *Estado não é contudo um herdeiro*. Adquire os bens por direito próprio, em virtude de se

tornarem vacantes pela falta de sucessores das outras classes.¹⁵ O fundamento de sua sucessão é político e social. Realiza a devolução dos bens à comunidade, em consequência da ordem jurídico-econômica estatal ensejar ao finado o acúmulo patrimonial transmitido.

É comum dizer que o princípio cardeal que preside ao chamamento dos herdeiros *ab intestato* enuncia-se proclamando que o grau mais próximo exclui o mais remoto. Não se deve, todavia, enunciá-lo desta forma. Um bisneto, e. g., prefere ao irmão do de cujo, embora seja parente do terceiro grau, e este do segundo. A regra certa é esta: *dentro da mesma classe, os mais próximos excluem os mais remotos*.

É preciso, ainda, salientar que o princípio não é absoluto, comportando exceções fundadas no direito de representação, a ser estudado mais abaixo (nº 441, *infra*).

440. SUCESSÃO POR CABEÇA (CÓDIGO CIVIL DE 1916)

A herança é devolvida na ordem de vocação exposta no parágrafo anterior. Os herdeiros adquirem os bens por direito próprio – *iure proprio*. É a modalidade mais comum e normal da sucessão legítima. A herança é deferida a cada um individualmente ou por cabeça – *in capita*. Cada descendente recebe o que lhe cabe; na falta de descendentes, devolve-se o acervo aos ascendentes, também individualmente; não havendo ascendentes, ao cônjuge; na falta deste, aos colaterais; e em os não havendo, ao Estado.

Atendendo a certas peculiaridades, a sucessão se faz por cabeça ou por linhas; por direito de transmissão ou de representação.

No presente parágrafo, desenvolvemos as duas primeiras (*successio in lineas* e a *successio iure transmissione*). No seguinte (nº 441, *infra*), tratamos da última (*successio iure representationes*, também chamada *in stirpes*).

Sucessão por linhas. Na linha reta ascendente, a sucessão pode adquirir a modalidade peculiar de atender às duas linhas – paterna e materna – por tal modo que o monte não seja repartido em tantos quinhões quantos as ascendentes, porém dividido pelas duas linhas, e dentro de cada uma operar-se a devolução da herança por cabeça.

Originariamente, a sucessão por linhas tinha a finalidade de devolver os

bens segundo a sua origem, retomando aos ascendentes paternos os desta precedência, e *vice-versa* (*paterna paternis materna maternis*). Hoje, perdeu esta significação e este efeito, procurando-se atender a critério de maior *equanimidade* do que a simples partilha *in capita*.

Tal modalidade sucessória – *in lineas* – pode ocasionar diversificação quantitativa nos quinhões individuais se houver maior número de ascendentes em uma das linhas do que na outra (*e. g.*: um avô paterno e dois maternos).

O que aí sobreleva é a equiparação das linhas. Aberta a sucessão, e chamados os ascendentes por falta de descendentes, divide-se a herança ao meio pelas duas linhas, paterna e materna, e atribui-se aos parentes que as ocupam, respectivamente.

Cumprе notar que a *successio in lineas* não infirma a regra das preferências, sempre presente na ordem de vocação hereditária, e que aqui recordamos: o grau mais próximo, excluindo o mais remoto, dá-se a preferência vocacional em favor daqueles, e consequentemente preferem eles, na sucessão, aos de grau mais afastado. O que nela há de peculiar é que a delação hereditária dá-se, então, dentro da mesma linha.

A sucessão pelas linhas paterna e materna somente terá lugar, em havendo ascendente de ambas. Se existirem de uma só, a eles cabe a herança por inteiro.

Mas o *successio in lineas* dá-se uma só vez. Não se redivide a herança no caso de haver ascendentes mais remotos em sublinhas diferentes.¹⁶

Sucessão por direito de transmissão. Pode acontecer que o herdeiro faleça após a morte do sucedendo. Neste caso, aos seus herdeiros é deferida a herança por direito de transmissão – *iure transmissionis*, a eles transferindo-se inclusive o direito de aceitação (*v. n.º 433, supra*), se esta já se não tiver efetuado (Código Civil de 2002, art. 1.809, parágrafo único). Os que adquirem por direito de transmissão ocupam o lugar daquele a quem a herança fora deferida, mas que não pudera tocá-la alcançado pela morte.

440-A. SUCESSÃO POR DIREITO PRÓPRIO NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Relativamente ao Código Civil de 2002, haverá sucessão por direito próprio: (a) dos descendentes, quando todos forem de um único grau (art.

1.835), quer concorram ou não com o cônjuge; (b) dos descendentes de grau mais próximo quando devam concorrer com outros de grau mais remoto, estes convocados por direito de representação, e eventualmente também com o cônjuge; (c) dos ascendentes, em qualquer hipótese em que forem chamados; (d) do cônjuge, em qualquer hipótese em que for chamado; (e) dos colaterais, quando todos forem de mesmo grau (por exemplo, irmãos do *de cuius*); (f) dos irmãos do *de cuius* quando devam concorrer com sobrinhos, estes chamados por direito de representação (art. 1.840); (g) dos entes estatais, na hipótese de herança vacante; (h) do companheiro, quanto aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável (art. 1.790), em qualquer dos casos de sua vocação hereditária.

À sucessão *iure proprio*, no sistema do Código Civil de 2002, nem sempre corresponderá partilha na qual sejam idênticos os quinhões atribuídos a cada herdeiro. Além das hipóteses já presentes no Código anterior e agora repetidas – como a da sucessão aberta em favor de ascendentes pertencentes a linhas distintas, na qual pode haver número maior de herdeiros em uma delas (nº 440, *supra*) – cabe mencionar as seguintes: (a) concorrendo descendentes e o cônjuge sobrevivente, e sendo este ascendente daqueles (por exemplo: mãe dos filhos do *de cuius*), a ele caberá uma quota *mínima* de um quarto da herança, dividindo-se os restantes três quartos, por cabeça, entre os coerdeiros (se mais de três descendentes houver, o quinhão de cada um será inferior ao do cônjuge); (b) concorrendo o cônjuge sobrevivente com pelo menos dois ascendentes a partir do segundo grau, àquele caberá a metade da herança, repartindo-se a outra, por linhas, entre os ascendentes (art. 1.837, *in fine*); (c) concorrendo o companheiro com descendentes só do autor da herança, àquele tocará a metade do que couber a cada um destes (art. 1.790, nº II); (d) concorrendo o companheiro com outros parentes sucessíveis, terá direito a um terço da herança (art. 1.790, nº III).

Quanto à sucessão *por linhas* e àquela *por direito de transmissão*, os princípios continuam os mesmos expostos em o nº 440, *supra*, conforme se depreende dos arts. 1.836, §§ 1º e 2º, e 1.809 do Código Civil de 2002.

441. DIREITO DE REPRESENTAÇÃO (CÓDIGO CIVIL DE 1916 E CÓDIGO CIVIL DE 2002)

Esta outra modalidade pode verificar-se, quando ocorre a morte de um herdeiro anteriormente à abertura da sucessão. Em dadas circunstâncias, a lei chama certos parentes do falecido a suceder em todos os direitos em que ele sucederia, se vivesse (Código Civil de 1916, art. 1.620; Código Civil de 2002, art. 1.851). Diz-se, então, que os parentes do herdeiro premorto não herdam por direito próprio, mas na qualidade de *representantes*, e a sucessão se denomina neste caso por direito de representação – *iure representationis*. Se vivo fosse, o herdeiro teria adquirido os bens. Premorrendo ao *de cuius*, transmite-se à sua estirpe, razão por que se denomina sucessão *in stirpes*. Aliás, a terminologia romana não fornece o menor indício do vocábulo “representação” neste caso, como observa Vitali, fundado a seu turno em De Crescenzo, Maynz, Polacco e Marchesini.¹⁷

Distingue-se a sucessão *iure transmissionis* da que se opera por *direito de representação* em que, nesta última, o herdeiro representante é chamado a suceder em direitos em aberto quando do chamamento, enquanto que na outra (transmissão) os direitos já eram devolvidos ao transmitente naquele tempo.¹⁸

Fácil será, entretanto, distinguir a sucessão *iure representationis* da outra, *iure transmissionis*: é que na representação o herdeiro vem ocupar o lugar do representado, e assim sucede, num só chamado, ao autor da herança; na sucessão por direito de transmissão há dois chamamentos ou dupla transmissão, passando a herança ao herdeiro do sucedendo, e por morte deste aos respectivos sucessores.¹⁹

Historicamente, é rastreada a *sucessio iure representationis* em diversos sistemas jurídicos da Antiguidade. O Direito Romano, posto lhe não desse este nome, conhecia-o na linha reta desde o tempo das XII Tábuas. Foi a codificação justinianeia que a estendeu aos colaterais, *ex vi* da *Novela* 118, do ano 543, capítulos 1 e 2.²⁰

A explicação filosófica da sucessão *in stirpes* é insegura.

Situada no campo da sucessão legítima, alguns a fundamentam na afeição presumida, arguindo que a morte prematura do herdeiro atrai para os seus descendentes a carga afetiva do sucedendo. Outros assentam-na em uma *fictio iuris*, considerando que o herdeiro chamado é ficticiamente o premorto, mas a herança deferida a quem o representa. Para outros, é caso de sub-rogação pessoal. Comparando a situação com a substituição testamentária (nº

471, *infra*), definem-na ainda como um caso de “substituição legal”.²¹ Objetivamente considerada, a sucessão *in stirpes* é mais real que pessoal, no sentido de que se abre, não em função da pessoa do representado, porém dos bens que lhe advenham.²²

Em nosso direito, o *ius representationis* é peculiar à sucessão legítima; na testamentária não se presume a vontade de substituir o beneficiado pelo seu descendente.²³ O projeto de Código Civil de 1965 (Orosimbo Nonato, Orlando Gomes, Caio Mário da Silva Pereira) admitiu-a, entretanto, na sucessão testamentária. Assim procedendo, filiou-se à tendência marcada pelo vigente direito italiano (Código Civil de 1942, art. 467, 2).²⁴ O Código Civil, porém, manteve o direito de representação na esfera da sucessão legítima, como se extrai do fato de o Capítulo que dele se ocupa estar inserido no Título II (“Da Sucessão Legítima”) do Livro “Do Direito das Sucessões”.²⁵ Acompanhou, desse modo, o modelo de outros ordenamentos, como o espanhol²⁶ e o argentino de 1869,²⁷ recentemente substituído pelo de 2015.²⁸

Pelo direito de representação corrige-se a injustiça da rigorosa aplicação do princípio que exclui os mais remotos em favor dos mais próximos, no caso da pré-morte de um descendente, ou de um irmão.²⁹

Verificada a representação, e colocado o representante no lugar do herdeiro premorto, recebe por direito próprio e em seu próprio nome. Em consequência, é necessário que, além de sobreviver ao defunto, possa ele próprio recolher a herança, isto é, tenha a capacidade (legitimação) sucessória.³⁰

A variedade de tratamento da matéria tem suscitado controvérsias doutrinárias, que percutem no plano legislativo. Tem-se indagado: em que classes de herdeiros deve caber a representação – na dos descendentes apenas, na dos colaterais também, ou ainda na dos ascendentes? Dar-se-á sucessão *in stirpes* sempre que forem chamados a herdar os netos (filhos de filhos premortos) ou somente quando houver netos concorrendo com filhos vivos do *de cuius*? Os sobrinhos herdam sempre *iure representationis*, ou somente quando concorrem com irmãos do falecido?

Tais questões têm provocado argumentos múltiplos. Nosso direito anterior ao Código de 1916, que não disciplinava por expresse a matéria, ensejava

debates travados em torno dos textos romanos aplicáveis à espécie e invocados como direito pátrio. E a propósito das indagações acima, a consulta aos nossos civilistas do direito pré-codificado não oferece solução esclarecedora. Toda cita somente poderá envolver informação de cunho histórico.

Não nos detemos, portanto, na solução das questões tais como formuladas, uma vez que o nosso direito positivo fixou rumos seguros, aos quais nos atemos. O Código Civil de 1916 e o de 2002 previram duas hipóteses de *sucessio in stirpes*: na classe dos descendentes e na dos irmãos.

Esta primeira consideração leva-nos a expurgar a explanação de um debate que tem sido altamente polemizado, a saber se podem concorrer ascendentes de ascendente premorto, com ascendente vivo do de cujo (bisavô concorrendo com um dos avós, na sucessão do descendente). Ao propósito *doctores certant*. Dispensamo-nos, contudo, de reproduzir os argumentos, porque o nosso direito exclui a representação na classe dos ascendentes (Código Civil de 1916, art. 1.621; Código Civil de 2002, art. 1.852). Assim, se há pais vivos, os avós não sucedem; na falta dos pais, os avós excluem os bisavós.

Na classe dos colaterais, a representação é conferida a filhos de irmão premorto, *quando concorrem com irmãos do falecido* (Código Civil de 1916, art. 1.622; Código Civil de 2002, art. 1.853).

São estes os dois casos desenvolvidos a seguir: sucessão por stirpe na classe dos descendentes, e na dos colaterais do segundo grau.

1. *Descendente*. Aberta a sucessão, e chamados os herdeiros da classe dos descendentes, todos herdam por cabeça, se do mesmo grau. Mas, se naquela data já tiver acontecido a morte de algum dos descendentes, os filhos destes são chamados a representá-lo, em concurso com os demais, não obstante a diversidade de graus. Os pressupostos, portanto, do direito de representar, são a morte do herdeiro, anterior à do sucedendo, e a sobrevivência de outro herdeiro do mesmo grau do premorto. Se o seu falecimento se der após a abertura da sucessão, o caso será de *successio iure transmissionis* e não *iure representationis*. Se já tiverem pré-morrído todos os herdeiros do mesmo grau, os filhos dos falecidos herdam *per capita* e não *per stirpes* (Código Civil de 1916, art. 1.604; Código Civil de 2002, art. 1.835).

A premorte, sendo requisito da representação, fica esta excluída, se vivo

estiver o herdeiro: *nulla viventis non datur representatio*. Assim é que aos sucessores do *renunciante* não assiste o direito de representá-lo, recebendo a herança repudiada. A eles poderão caber os bens somente no caso de ser o renunciante o único da sua classe ou no de haverem renunciado todos os da mesma classe. Mas, nestas hipóteses, serão chamados por direito próprio, e não *iure representationis*. O que lhes cabe, então, é subir um grau na sucessão, e receber a herança na qualidade de herdeiros diretos do *de cuius*, e não de herdeiros do renunciante.

Duas situações são excepcionalmente consideradas: ausência e indignidade.

Admite-se a *representação do ausente*, porque o seu desaparecimento faz presumir o óbito para efeitos sucessórios. E, se o filho do ausente lhe sucede *iure proprio*, é de se lhe conceder, por direito de representação, o lugar do pai ausente, nos mesmos casos em que sucederia se vivo fosse.³¹

Exceção franca ao princípio que recusa a representação de pessoa viva está na exclusão do herdeiro por *indignidade*. Os seus herdeiros adquirem a herança de que foi ele excluído, tendo em vista o caráter personalíssimo da pena.³²

Se os herdeiros do excluído não o representassem, estariam sendo atingidos pela falta de outrem.

Idêntica é a situação do *deserdado*, que sofre uma pena civil de cunho personalíssimo também, a qual, pela mesma razão, não deve ultrapassar a pessoa do culpado. Embora não prevista, expressamente, quer no Código Civil de 1916, quer no texto original do Código Civil de 2002, a situação dos filhos do deserdado aconselha estender-lhes o benefício da representação, chamando-os a suceder nos bens que lhe caberiam se não houvesse a condenação.³³ O Projeto de Lei nº 6.960, de 2002, pretendia acrescentar ao art. 1.965 do Código Civil de 2002 um § 2º, que consagrava a solução aqui defendida. Conquanto arquivado tal Projeto, a tendência é a de que semelhante orientação, apoiada pela doutrina predominante (nº 475, *infra*), venha a se tornar direito positivo.

A representação não se dá *per saltum et omisso medio*, isto é, com omissão de uma geração. Não pode alguém suceder saltando a pessoa do intermediário. Se o representante encontra num grau intermédio um parente

sucessível vivo, ou renunciante, é detido, e não tem direito à herança, porque não pode ocupar o lugar do representado: se vive o filho, não pode ser representado pelos seus filhos; se um herdeiro renuncia, não podem ser chamados os seus sucessores no seu lugar.³⁴ Daí dizer-se, com razão, que não é possível ocupar o grau de um herdeiro, a não ser que este grau esteja vago.³⁵

2. *Colaterais*. Tal qual na linha descendente, cabe representação na colateral, limitada contudo aos filhos de irmão premorto, quando com irmãos do falecido concorrem (Código Civil de 1916, art. 1.622; Código Civil atual, art. 1.853). É igualmente necessário que o representado tenha pré-morrído ao *de cuius*, e que haja ao menos um irmão deste sobrevivente. Se todos já forem mortos, e existirem somente sobrinhos, a sucessão dá-se *in capita*. A regra era e é do direito positivo (Código Civil de 1916, art. 1.617, § 1º; Código Civil de 2002, art. 1.843, § 1º), que a um só tempo eliminou a controvérsia doutrinária e a dúvida prática. Determinando que os sobrinhos herdem por cabeça, a lei igualou as condições hereditárias dos sobrinhos na sucessão do tio (*unidade de stirpes*). O princípio que iguala os sobrinhos (uma só *stirpe*) é mais equânime do que admitir a pluridade delas, em face de serem vários os grupos de filhos de irmãos falecidos. Assim, portanto, se houver somente sobrinhos, todos herdam *per capita*, não se dividindo a herança em quinhões correspondentes aos irmãos premortos, mas partilha-se igualmente por todos os sobrinhos.

Efeitos. Colocados os representantes no lugar do representado, herdam eles o que a este caberia se vivo fosse e sucedesse (Código Civil de 1916, art. 1.623; Código Civil de 2002, art. 1.854). Nem mais, nem menos. Há contudo certas situações que merecem ser particularmente consideradas:

1. Embora pessoalmente seja o representante parente em grau mais remoto, herda como se fosse do mesmo grau do representado. Desta sorte, afasta outros parentes, ainda que de grau mais próximo que o seu.

2. Exerce os direitos e cumpre as obrigações do representado no monte.³⁶

3. Se o representado for obrigado a trazer à colação valores recebidos *donationis causa* (nº 488, *infra*), o representante os colacionará, posto não haja recebido do de cujo nenhuma liberalidade, pessoalmente.

4. A partilha se fará considerando como se todos herdassem *per capita*, dividindo-se, portanto, o monte em tantos quinhões quantos os herdeiros

diretos, inclusive o representado como se vivo fosse. Ao grupo dos representantes toca a parte do representado. E o quinhão deste é dividido por igual entre os seus representantes (Código Civil de 1916, art. 1.624; Código Civil de 2002, art. 1.855). Se mais de um herdeiro for premorto, aos respectivos representantes caberão suas partes no quinhão de cada um dos representados. Este princípio pode levar à distribuição matematicamente desigual, como no caso de um irmão premorto deixar maior número de filhos do que outro. Mas esta desigualdade matemática é a consequência inevitável da sucessão *in stirpes*. O que não tem cabimento é dividir a herança pelo número dos que irão recebê-la, pois a ideia básica da representação é a partilha dos bens em tantas porções quantas são as *stirpes*, e dentro de cada estirpe (*successio in stirpes*), subdividir o quinhão do representado pelo número dos seus sucessores.³⁷

CAPÍTULO CI

SUCESSÃO NA LINHA RETA

Sumário

442. Descendente legítimo (Código Civil de 1916). **443.** Filiação extraconjugal (evolução até o Código Civil de 2002). **444.** Filiação adotiva (evolução até o Código Civil de 2002). **445.** Ascendentes (Código Civil de 1916). **445-A.** Sucessão na linha reta: Código Civil de 2002.

Bibliografia

Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, n^{os} 39 e 138 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, vol. I, §§ 39 e segs.; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. I, n^{os} 233 e segs.; Hermenegildo de Barros, “Do Direito das Sucessões”, in *Manual do Código Civil Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. XVIII, págs. 384 e segs.; Lacerda de Almeida, *Sucessões*, 1915; Orlando Gomes, *Sucessões*, 15^a ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, n^{os} 46 e segs.; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, 1968, t. LV; Ludovico Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, n^{os} 78 e segs.; Walter D’Avanzo, *Delle Successioni*, vol. II, §§ 144 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. II, §§ 88 e 89; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, n^{os} 1.630 e segs.; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, n^{os} 743 e segs.; Henri De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, vol. IX, n^{os} 186 e segs.; Antonio Cicu, *Le Successioni*, vol. I, págs. 68 e segs.; Luigi Ferri, *Successioni in Generale*, pág.

184; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 43ª ed., Cedam, 2007, nºs 175 e 176.; Vittore Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. V, nºs 41 e segs; Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, 2ª ed., Giuffrè, 2002 t. I; José de Oliveira Ascensão. *Direito Civil: Sucessões*, 5ª ed., Coimbra, 2000; Rabindranath Capelo de Souza, *Lições de Direito das Sucessões*, 3ª ed., Coimbra, 2ª reimp., 1997, vol. I; José António de França Pitão, *A Posição do Cônjuge Sobrevivo no Actual Direito Sucessório Português*, 3ª ed., Almedina, 1994; Carlos Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões*, Lex, 1993, vol. II; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, 4ª ed., Forense, 2004, vol. XXI; Gustavo Tepedino, *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, 2ª ed., Forense, 1991; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, 14ª ed., Atlas, 2014; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, 2003, vol. XX; Débora Gozzo, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, Forense, 2004, vol. XVI; José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, Atlas, 2003, vol. XVIII; Gustavo Ferraz de Campos Monaco, “Direito Intertemporal em matéria sucessória *causa mortis*”, in *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*, coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira, Del Rey, 2004; François Terré e Yves Lequette, *Droit Civil: Les successions. Les libéralités*, 2ª ed., Dalloz, 1988; Michel Grimaldi, *Droit Civil: Successions*, 6ª ed., Litec, 2001; Alain Sériaux, *Les Successions. Les Libéralités*, 2ª ed., Presses Universitaires de France, 1993; Zeno Veloso, “Novo Código Civil – sucessão dos cônjuges” – in *Revista do Advogado*, AASP, nº 98, págs. 234 e segs., julho de 2008; Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, 3ª ed., RT, 2013; Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões*, 2ª ed., Quid Iuris, 2004.

442. DESCENDENTE LEGÍTIMO (CÓDIGO CIVIL DE 1916)

Como exposto na *Introdução* ao presente volume, a vocação hereditária é definida de acordo com a lei vigente ao tempo da abertura da sucessão: antes de ser consequência de expresso dispositivo do Código Civil de 2002 (art. 2.041), trata-se de corolário do princípio constitucional da intangibilidade do direito adquirido (Constituição

Federal, art. 5º, XXXVI): operada a transmissão automática da herança no momento do óbito, por força da *saisine* que o Código de 1916 consagrava (art. 1.572), os direitos hereditários, definitivamente incorporados ao patrimônio dos herdeiros, já não mais podem ser desconstituídos por lei superveniente.³⁸ Ainda que o inventário seja aberto já na vigência do Código Civil de 2002, ou que sob seu império seja realizada a partilha, as regras a serem observadas quanto à vocação hereditária serão as da lei revogada.³⁹

Por isso, é fácil prever que, durante ao menos algum tempo, advogados e magistrados ainda terão de interpretar e aplicar as normas do Código de 1916, no que concerne à vocação hereditária dos sucessores legítimos, cujos direitos tenham resultado de sucessões abertas anteriormente ao novo diploma. Optou-se, assim, por manter a exposição que se segue, escrita ainda na vigência daquele anterior diploma e cuja utilidade por ora subsiste.

Conforme se verá adiante (nº 445-A, *infra*), a diferença entre o Código Civil de 2002 e o anterior, no que tange à sucessão aberta em favor dos descendentes do *de cuius*, se limita à eventual vocação simultânea do cônjuge sobrevivente, com repercussões sobre o quinhão de cada um.

Aberta a sucessão na vigência do Código Civil de 1916, os filhos herdavam em primeiro lugar. São mesmo apelidados, sob certo aspecto, os herdeiros por excelência.⁴⁰ Já temos mostrado numerosas vezes como a religião e o direito de propriedade andavam parelha na Cidade Antiga. Especialmente em Roma, a sucessão hereditária estruturava-se menos em razão dos bens transmitidos do que da perpetuação do culto. E, como para este efeito o parentesco contava-se na linha masculina – *agnatio* –, também assim se computava para o sucessório. O filho varão era herdeiro. A filha, quando casada, não herdava do pai. Se solteira sob *patria potestas*, herdava, mas não podia dispor dos bens. Somente mais tarde, a consanguinidade – *cognatio* – passou a influir. Desenvolvemos por menor o tema, falando da vocação hereditária (nº 439, *supra*). E tal mutação refletiu em todo direito ocidental, atingindo o nosso, evidentemente, por intermediação do anterior à codificação, que se regia pelo romano.

Pelo Código de 1916, eram os filhos os primeiros parentes sucessíveis, e, como a família era então constituída essencialmente sobre o casamento, recebiam consideração especial os *filhos havidos do casamento*.

Segundo o jogo de dois princípios correlatos (presentes tanto no Código revogado como no atual), a existência de filhos excluía os outros descendentes, pois, em matéria de sucessão *ab intestato*, o grau mais próximo excluía o mais remoto. E, ainda, assentamos também que os descendentes eram herdeiros necessários (nº 430, *supra*), significando que ao *de cuius* não era livre dispor, em testamento ou por doação, de mais da metade de seus haveres. A transposição do limite implicava em redução das disposições testamentárias (nº 478, *infra*), e obrigava o donatário a trazer à colocação os valores doados (nº 488, *infra*). Tudo isso era verdade, no sistema do Código revogado, e continua a sê-lo, no vigente (nº 445-A, *infra*).

Permitia-se todavia ao pai impor gravames à herança dos filhos, atingindo mesmo a legítima (nº 465, *infra*). Desapareceram as restrições que dominavam o nosso direito anterior ao Código Civil de 1916, relativas à idade (direito de primogenitura), ao sexo (sucessão na linha masculina) e ao leito (transmissão aos filhos do cônjuge bínubo). Desaparecidas tais exceções,⁴¹ simplificou-se ao extremo a sucessão na classe dos descendentes, tal como disciplinada no Código de 1916: os filhos eram chamados à sucessão *ab intestato* do pai, dividindo-se entre eles a herança igualitariamente (sucessão *in capita*), e com exclusão dos demais descendentes. O monte dividia-se entre os filhos *pro numero virorum*, fossem eles germanos, uterinos ou consanguíneos.⁴²

Esta última observação não obstava, contudo, a convocação dos filhos de filho falecido (sucessão *in stirpes*), por direito de representação (nº 441, *supra*), tal como hoje também ocorre (nº 445-A, *infra*).

Na falta de filhos, de qualquer espécie, a herança passava aos netos; e não os havendo, aos bisnetos; e assim, sucessivamente, eram chamados a suceder os descendentes em linha reta, *in infinitum* ou sem qualquer limitação de grau, observada sempre a regra da exclusão dos graus mais remotos, salvo exceção advinda dos *ius representationis*.

Legitimados. Não havia diferença de tratamento para os filhos legitimados por subsequente matrimônio dos pais (nº 411, *supra*, vol. V), os quais herdavam tal qual os legítimos, sós ou em concorrência com estes. A distinção, como se sabe, perdeu sentido.

Casamento putativo. Encerrando este parágrafo, que trata da descendência

legítima, cabe uma palavra (por motivo apenas histórico) a propósito dos filhos de pessoas cujo casamento foi anulado, com a ressalva de ter sido contraído de boa-fé. Em atenção a esta, produzia efeitos de válido, assim em relação ao contraente de boa-fé, quanto aos filhos do casal. E obviamente estes herdavam como filhos legítimos (v. nº 393, *supra*, vol. V), sem nenhuma restrição, ainda quando concorressem com outros filhos legítimos do defunto. A regra foi mantida no diploma vigente (art. 1.561), suprimido, porém, o adjetivo “legítimo”.

Direitos do cônjuge. Ao tratarmos da sucessão do cônjuge (nºs 446, 447 e 447-A), cuidamos do reconhecimento a este de uma quota hereditária ou usufrutuária, a ser definida de acordo com dois fatores: (a) a data da abertura da sucessão (determinante da incidência do Código de 1916 e de sua legislação correlata ou, a partir de 11 de janeiro de 2003, do Código Civil em vigor); (b) concorrência ou não com parentes do *de cuius* na linha reta.

443. FILIAÇÃO EXTRACONJUGAL (EVOLUÇÃO ATÉ O CÓDIGO CIVIL DE 2002)

A sucessão dos filhos extramatrimoniais tem sido tumultuada, e a evolução dos seus direitos sucessórios é influenciada pela chamada “lei da oscilação”, enunciada por *La Grasserie*, segundo a qual, sempre que se facilita o reconhecimento dos filhos naturais, se restringem os direitos do perfilhado, e *vice-versa*, dificulta-se o reconhecimento quando se lhe aplicam os efeitos.⁴³ Explica-se esta situação, quando se contrasta o sentimento de humanidade e justiça com a defesa do instituto da família conjugal,⁴⁴ salientando-se a tendência dos sistemas jurídicos, revelada no propósito de assegurá-la contra toda desagregação.

Já mencionamos a condição jurídica dos filhos naturais em nosso direito anterior ao Código Civil de 1916, bem como as dúvidas e discussões em torno de sua capacidade sucessória *ab intestato* e por testamento (nº 411, *supra*, vol. V). Reportando-nos ao assunto, dispensamo-nos de sua repetição e passamos a tratar diretamente da sucessão dos filhos extramatrimoniais a partir daquele diploma.

Sendo o reconhecimento indispensável à atribuição do *status*, os filhos

reconhecidos, espontânea ou compulsoriamente, são chamados à sucessão do pai.

Descendentes que são, do primeiro grau, excluem quaisquer outros descendentes de grau mais remoto, ressalvado contudo o *ius representationis*.⁴⁵

Ao contrário de outros sistemas, como o italiano, que ao ilegítimo em concurso com os legítimos somente conferia direito à metade do que receberam estes,⁴⁶ o Direito brasileiro os equiparou. O Código de 1916, todavia, no art. 1.605, § 1º, restringia-lhes o quinhão à metade do que recebesse o legítimo, quando reconhecidos na constância do casamento do pai. Veio a Carta Constitucional de 1937, e eliminou a restrição (Clóvis Beviláqua).

Havendo as Constituições posteriores (1946, Reforma Constitucional de 1967, Emenda Constitucional nº 1, de 1969) omitido a regra da igualdade, levantou-se dúvida a propósito da restauração do princípio restritivo anterior. Com fundamento na doutrina de Gabba, contra a opinião expendida por Gianturco, sustentamos em 1947 que não devendo ter efeito repristinatório a revogação da lei revogadora, a não ser que declare expressamente restaurado o dispositivo revogado, mostramos que a equiparação subsistiu.⁴⁷

O direito positivo consagra a tese que sustentamos, ao estatuir no art. 2º, § 3º, da Lei de Introdução (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) que, “salvo disposição em contrário, a lei revogada não se restaura por ter a lei revogadora perdido a vigência”.

Em face do princípio, que já desenvolvemos nesta obra (v. nº 27, *supra*, vol. I), a equiparação subsistiu, podendo-se portanto afirmar que o filho extramatrimonial reconhecido herda em igualdade de condições com o filho conjugal, ainda quando reconhecido na constância do casamento. Assim milita a doutrina, com repercussão jurisprudencial. Mas o Anteprojeto de 1972, num retrocesso injustificável, ignorou a equiparação, para assegurar ao filho natural somente dois terços quando concorresse com legítimo. Ver o que a respeito escrevemos em nossa Crítica ao Anteprojeto.⁴⁸ A Constituição Federal de 1988, pondo termo àquela evolução, equiparou definitivamente todos os filhos (art. 227, § 6º); e o Código Civil de 2002 repete a norma constitucional (art. 1.596).

Neto. Em razão dos mesmos princípios que concedem ao filho extramatrimonial direitos à sucessão paterna, confere-o aos demais descendentes. Assim é que o neto é herdeiro. Também o é o filho fora do casamento, mas sob condição de ter sido reconhecido pelo pai, uma vez que não pode o avô reconhecer o neto, porque se trata de ato paterno privativo.⁴⁹

Mãe natural. Não há mister cogitar em especial na sucessão da mãe. O problema único é o da prova, mais facilitada em razão da notoriedade do fato, em contraste com a incerteza da paternidade, já proclamada pela sabedoria romana: *mater semper certa est, pater incertus*. Em decorrência desta observação, o filho está sempre vinculado à mãe, o que aliás, não é uma criação do direito moderno (Código Civil de 1916, art. 356; Código Civil de 2002, art. 1.608), pois que o *Digesto* (Livro I, Título 5, fr. 24) já atribuía ao filho extramatrimonial a condição materna: *Qui nascitur sine legitimo matrimonio matrem sequatur*. Daí dizerem os autores que não se exigem os mesmos elementos de convicção necessários à prova da paternidade. Herdam então da mãe os filhos naturais, desde que a maternidade conste do assento de nascimento ou seja notória.⁵⁰

Espúrios. Tratando dos filhos antes chamados *espúrios*, começamos por falar dos *incestuosos*, que sempre receberam o repúdio da ordem jurídica, posto que o conceito de incesto não seja o mesmo em todas as civilizações (v., a respeito, o nº 412, *supra*, vol. V).

Pelo direito pátrio, ao tempo do Código Civil de 1916 o filho que se dizia incestuoso não podia ser reconhecido, e, *ipso facto*, não lhe eram atribuídos direitos hereditários.

O mesmo se não dirá dos “adulterinos”. Num retrocesso marcante sobre o direito anterior, que já assinalamos nesta obra (nº 412, *supra*, vol. V), como na monografia citada (*Efeitos do Reconhecimento de Paternidade Ilegítima*), o Código Civil de 1916 proibiu o seu reconhecimento (art. 358), e lhes negou direito à sucessão paterna.⁵¹

Com o Decreto-Lei nº 4.737, de 24 de setembro de 1942, e com finalidade de permitir o reconhecimento dos *filhos de desquitados*, o legislador foi mais longe, e mencionados os *filhos havidos* “fora do matrimônio”, admitiu a perfilhação dos adulterinos, uma vez cessada a sociedade conjugal. Sustentamo-lo, defendendo então o direito hereditário dos filhos de

desquitados, como dos adulterinos *a patre*, uma vez houvesse terminado a sociedade conjugal pelo desquite, pela morte de um dos cônjuges ou pela anulação do matrimônio.⁵² Nossa argumentação convenceu, e nesta linha de raciocínio veio a Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949. Após haver permitido o reconhecimento, atribuiu-lhe efeito sucessório (art. 2º), dizendo que o filho reconhecido com amparo neste diploma terá direito, a *título de amparo social*, à metade da herança que vier a receber o legítimo ou legitimado.

Ficou, assim, concedido direito sucessório ao filho extramatrimonial condicionando o seu reconhecimento ao pressuposto necessário da dissolução da sociedade conjugal por morte, separação ou anulação de casamento. Quando comparecia só, excluía os outros herdeiros, por ocupar a classe dos descendentes. Quando, porém, concorria com filhos legítimos ou legitimados, recebia a metade do que a eles tocasse. Não se tratava, então, de um direito hereditário concorrente, mas de uma participação rotulada de maneira diversa.

À guisa de comentário à margem do princípio, sempre entendemos injustificável a restrição e a qualificação. Se a lei admitiu o reconhecimento, devia ter a coragem de conceder a equiparação. E, se era chamado o “adulterino” a suceder, não havia motivo para mascarar o direito hereditário sob o eufemismo legal do “amparo social”, que representa uma expressão econômica, enfraquecida, porém a configuração moral. Certamente haveria de desaparecer a restrição, dada a tendência legislativa, já observada por Barassi, de favorecer sempre os filhos naturais.⁵³ E então, além da equivalência pecuniária dos quinhões, ao “adulterino” reconhecido se atribuiria *status* de filho e herdeiro.

Enquanto, porém, prevalecesse a desigualdade de tratamento, a partilha far-se-ia obedecendo a esta regra prática: cada filho legítimo representado pelo algarismo 2, e o adulterino, reconhecido na forma da Lei nº 883, designado pelo algarismo 1. Dividida a herança pela soma destes números, ter-se-ia o quinhão do adulterino. E o dos legítimos seria o dobro. Assim, se A é adulterino e existem três legítimos, o monte (M) é dividido por 7 (1+2+2+2). A parte do adulterino igual à divisão do monte por sete $M/7$, e as dos legítimos seriam então correspondentes a duas vezes aquele quociente ($2 M/7$).

A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, na linha da doutrina que

sustentamos, igualou todos os filhos, alterando a redação do art. 2º da Lei nº 883, *in verbis*: “Qualquer que seja a natureza da filiação, o direito à herança será reconhecido em igualdade de condições”. Destarte, o filho havido fora do matrimônio passou a receber na qualidade de herdeiro, e sem a injusta divisão que o aludido art. 2º impunha de receber ele metade quando concorria com filhos legítimos.

Maior e mais profunda foi a modificação introduzida pelo art. 227, § 6º, da Constituição de 1988, *in verbis*: “Os filhos, havidos ou não da relação do casamento, ou por doação, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação.” Com este inciso, a norma constitucional equiparou em direitos todos os filhos, abolindo a classe dos espúrios. O Código Civil de 2002 reproduz a norma da Constituição (art. 1.596).

444. FILIAÇÃO ADOTIVA (EVOLUÇÃO ATÉ O CÓDIGO CIVIL DE 2002)

Nos velhos sistemas jurídicos, a adoção visava a proporcionar ao adotante um continuador do culto. O Direito Romano, conforme visto acima (nº 414, *supra*, vol. V), conheceu duas modalidades de adoção: *ad rogatio* (arrogação), quando o adotado era *sui iuris*; e *adoptio*, se era *alieni iuris*; além da *adoptio per testamentum*, que necessitava da aprovação das cúrias reunidas⁵⁴ e tinha caráter mais solene.

A adoção gerava efeitos sucessórios, e podia fazer do adotado um *heres necessarius*, naquele sentido de herdeiro obrigatório, ao qual não era lícito repudiar a herança (nº 430, *supra*). Mas o vínculo não impedia a sua deserdação, nem a sua omissão no testamento do adotante (*Institutas*, Livro III, Tít. I, § 14).

Subordinando ao adotante, o filho adotivo se desligava da família paterna. Mas com a *Novela* 118, a que já nos referimos, o Imperador Justiniano estabeleceu que o parentesco consanguíneo (*cognatio*) assegurava direito à sucessão, e desta sorte considerou que o adotado não perdia o direito à sucessão de seu pai.

O nosso direito anterior ao Código Civil de 1916 não disciplinou o instituto, que quase se não praticava (nº 414, *supra*, vol. V). Mas, por aplicação dos

princípios romanos, reconhecia ao filho adotivo direito à sucessão do adotante, sem contudo perder o que se fundava no parentesco consanguíneo.⁵⁵

Com o advento do Código Civil de 1916, o instituto da adoção ganhou foros de rigorosa institucionalização.

O filho adotivo herdava do adotante (Código Civil de 1916, art. 1.605), atendendo à convocação na classe dos descendentes. Vale dizer, excludente dos demais sucessores.

Mas, se concorria com filhos legítimos, supervenientes, recebia a metade do que a eles viesse a caber (art. 1.605, § 2º), procedendo-se à partilha na forma esquemática já deduzida acima para a sucessão do adulterino (nº 443, *supra*), com a representação dos legítimos pelo algarismo 2 e do adotado, pelo algarismo 1. Esta limitação dos direitos hereditários não deveria prevalecer. Criava uma desigualdade de tratamento que se não justificava, em face dos princípios.⁵⁶ Pelo disposto no art. 227, § 6º, da Constituição, acima transcrito, a equiparação em direitos, de todos os filhos, eliminou o distanciamento hereditário dos filhos adotivos.

Na forma do que dispunha o art. 377 do Código Civil, na redação advinda da Lei nº 3.133, de 8 de maio de 1957, quando o adotante tivesse filhos legítimos, legitimados ou reconhecidos, a relação de adoção não envolvia a de sucessão hereditária.

Desta sorte, a desigualdade consagrada no Código de 1916 ainda mais se agravava, estabelecendo-se na sucessão do adotivo desta forma: *a*) era herdeiro da classe dos descendentes; *b*) se concorresse com filho superveniente à adoção receberia a metade do que tocassem a este; *c*) se existissem filhos legítimos, legitimados ou naturais reconhecidos ao tempo em que ocorreu a adoção, e concorressem eles à sucessão do pai, o adotivo não teria direitos sucessórios.

Esta restrição desapareceu em face do disposto no art. 227, § 6º, da Constituição de 1988, norma também repetida no Código Civil de 2002 (art. 1.596).

Não entrando na família do pai adotivo (v. nº 414, *supra*, vol. V), não lhe assistiam direitos hereditários em relação aos parentes do adotante. Tal princípio era levado ao ponto de deixar estabelecido que, na falta de adoção pelo casal, o adotado não tinha nenhum direito à herança da mulher do

adotante, ainda que a sucessão se abrisse em vida deste.

O parentesco civil não rompia, todavia, os vínculos da filiação biológica e, em consequência, o adotado não perdia direito à sucessão de seus parentes consanguíneos. No desdobramento das relações sucessórias, os descendentes do filho adotivo não encontram nenhuma restrição para sucederem ao adotante. A adoção integra o adotado na sua família, faz dele um filho, o que assegura à sua progênie a relação de parentesco como efeito natural. *Sem embargo de opiniões em contrário, esta doutrina é esposada por civilistas da maior expressão.*⁵⁷

De acordo com o Código Civil de 2002, a adoção desliga o adotado de qualquer vínculo com os pais e parentes consanguíneos, salvo quanto aos impedimentos para o casamento (art. 1.619, na redação da Lei nº 12.010/2009, c/c art. 41 do Estatuto da Criança e do Adolescente); não haverá, pois, a partir do trânsito em julgado da sentença que defira a adoção, relação sucessória entre o adotado e quaisquer de seus parentes biológicos. Mas o adotado poderá ser herdeiro de parentes do adotante (observada a restrição, quanto ao grau, do art. 1.839 do Código Civil de 2002), assim como o adotante poderá ser herdeiro do adotado ou de seus descendentes (vigente Código Civil, art. 1.619, na redação da Lei nº 12.010/2009 c/c art. 41, § 2º, do Estatuto da Criança e do Adolescente).

Legitimação adotiva. Apenas a título de referência histórica, cabe abordar, conquanto sucintamente, a sucessão dos adotados na forma da Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965 (*legitimação adotiva* ou *adoção plena*, da qual se tratou em o nº 414, *supra*, vol. V). Como oportunamente exposto, tal diploma foi revogado pela Lei nº 6.697, de 10 de outubro de 1979 (Código de Menores), que, a seu turno, foi revogada pela Lei nº 8.069, de 13 de julho de 1990 (Estatuto da Criança e do Adolescente), esta ainda em vigor.

Conforme enfatizado nas edições deste volume anteriores ao Código Civil de 2002, era ilógico o sistema instituído pela Lei nº 4.655, de 2 de junho de 1965, ao estabelecer simultaneamente o processamento sigilar desta perfilhação civil e a restrição do direito sucessório do legitimado à metade do quinhão do filho legítimo superveniente (arts. 6º e 9º). Esta restrição deixou de existir, na forma do que dispõe o art. 227, § 6º, da Constituição de 1988.

Tirante essa limitação, que contradizia a filosofia mesma do instituto, o

filho legitimado por adoção entrava na família dos legitimantes desde que os ascendentes deste dessem sua adesão ao ato. Consequentemente, herdava dos ascendentes deles. É que, na sua conceituação básica, o legitimado por adoção era equiparado ao filho legítimo, e como tal devia suceder ao adotante sem restrições.⁵⁸

Mas, dentro da estrutura legal do instituto, o legitimado perdia toda vinculação com sua família de origem, não se podendo portanto falar em direito sucessório em relação aos seus pais naturais. Este é o tratamento dado ao filho adotivo após a Constituição de 1988, conforme analisado em o nº 445, *infra*.

445. ASCENDENTES (CÓDIGO CIVIL DE 1916)

Aberta a sucessão na vigência do Código revogado, e não havendo parentes sucessíveis da classe dos descendentes, os ascendentes são chamados a herdar.

A peculiaridade aqui marcante é a devolução da herança, *dividida simultaneamente por linhas e graus*, diversamente dos descendentes que atendem apenas por graus.

Se os herdeiros são os pais, a herança lhes é deferida diretamente em partes iguais, formando aliás um acervo único, na hipótese de serem eles casados em regime de comunhão de bens. Mas, se for de separação, ou se estiverem separados judicialmente, atribui-se metade a cada qual.⁵⁹

Se somente um dos pais é vivo, a ele vai a totalidade da herança, ainda que sobrevivam os ascendentes do outro.⁶⁰

A divisão por linhas (*fente* no Direito francês) começa a operar, e doutrinariamente a ter interesse se os pais já forem falecidos. Concorrendo ascendentes do mesmo grau (somente avós, ou somente bisavós ou trisavós), a herança é dividida em duas metades, que são atribuídas respectivamente à linha paterna e à linha materna. A partilha faz-se com igualdade, mediante a divisão pelo número respectivo de ascendentes do mesmo grau, dentro de cada linha. Desta sorte, fica observada a regra legal, a qual dispõe que, havendo igualdade em grau, e diversidade em linha, a herança partir-se-á entre duas linhas, meio a meio (Código Civil de 1916, art. 1.608). Abre-se,

portanto, a herança em dois acervos, como se se tratasse de duas sucessões distintas (Vialleton).

Em havendo somente parentes de uma das linhas, num certo grau (avós paternos, por exemplo), cabe-lhes a totalidade da herança, embora existam ascendentes da outra linha, porém mais afastados (bisavós maternos, por exemplo), que não podem concorrer com os primeiros.⁶¹ Isto pela prevalência da regra geral de exclusão dos mais remotos pelos mais próximos. Cumpre, pois, salientar que a sucessão *in lineas* não contradiz o princípio básico da preferência concedida à proximidade em graus, mas, ao revés, subordina-se a ele, porque somente se aplica em relação a ascendentes do mesmo grau.

A divisão por linhas (*fente*) só se opera uma vez, ainda que haja pluralidade de ascendente: se, por exemplo, a sucessão se der no terceiro grau ascendente, a herança é dividida em duas partes, uma dos bisavós pelo lado materno, outra dos bisavós pelo lado paterno, independentemente de se apurar se existem ascendentes maternos e paternos do avô, uma vez que a subdivisão (*refente*) não é admitida.⁶²

Em nosso direito (quer no sistema do Código revogado, quer no atual), não há sucessão *in stirpes* na linha ascendente (nº 441, *supra*), quer dizer, o ascendente falecido não pode ser representado por outros parentes (Código Civil de 1916, art. 1.621).

E foi abolida a regra vinda das *Ordenações* (Livro IV, Título 91, §§ 2º e 4º), segundo a qual o pai bínubo somente havia direito ao usufruto dos bens que viessem, da sucessão da mãe, por morte do filho do primeiro leito. Não adquiria a propriedade daqueles bens, que por sua morte passariam aos irmãos germanos do finado.⁶³

No sistema do Código revogado, como no do atual, herda o pai ou mãe que tenha convolado a novas núpcias, sem qualquer restrição, ainda que o filho falecido tenha deixado irmãos germanos, e independentemente da procedência dos bens.⁶⁴

Adotante. Com a morte do adotado, e na falta de descendentes deste, a herança pelo Código Civil de 1916 passava aos progenitores, que desta sorte excluía os pais adotivos (Código Civil, art. 1.609). Ao propósito, o Direito Romano era omissos, e o nosso pré-codificado foi preciso. Foi o Código de 1916 que assentou o princípio, dando prioridade ao vínculo biológico, com o

que eliminava todo o resquício de interesse malsão no estabelecer alguém o parentesco civil.

Ao dispor expressamente a Constituição Federal (art. 227, § 6º) sobre a equiparação de direitos entre filhos, perdeu interesse a discussão sobre a diferença de tratamento entre eles na hipótese de sucessão.

Consequentemente, a adoção pelo Código Civil de 1916 ou pela Lei nº 8.069/90 (Estatuto da Criança e do Adolescente) produz efeitos plenos, introduzindo o adotado na família do adotante, independentemente de os ascendentes darem sua adesão ao ato.

Desta forma, o adotado sucede aos ascendentes do adotante e também eles não se encontram excluídos da sucessão daquele. Outrossim, os então chamados incestuosos e os adúlteros, sucedendo aos pais, lhes transmitem a herança.

Cônjuge. Os direitos do cônjuge, concorrendo com ascendentes (ou, no sistema do Código Civil de 2002, também, eventualmente, com os descendentes), serão examinados ao tratarmos da sucessão do cônjuge (nºs 447 e 447-A, *infra*).

445-A. SUCESSÃO NA LINHA RETA: CÓDIGO CIVIL DE 2002

Síntese de uma evolução legislativa – Em matéria de ordem de vocação hereditária, o Código Civil de 2002 provocou alterações significativas no direito brasileiro, com inevitáveis repercussões na *sucessão na linha reta*, objeto deste capítulo. Recorde-se, porém, desde logo, que as regras do diploma em vigor somente incidem nas sucessões abertas *a partir do termo inicial de sua vigência* (isto é, 11 de janeiro de 2003), em atenção à norma de seu art. 2.041, mero corolário do dispositivo constitucional que assegura a intangibilidade do direito adquirido (nº 442, *supra*).

No sistema original do Código Civil de 1916, descendentes e ascendentes (que integravam, respectivamente, a primeira e a segunda classes de herdeiros legítimos, de acordo com a ordem de vocação hereditária ali estabelecida: art. 1.603) *jamaís concorriam com o cônjuge sobrevivente*, o qual, à falta de testamento e uma vez reconhecida a capacidade sucessória daqueles herdeiros preferenciais, nada recebia na sucessão do *de cuius*.

A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, ao permitir, em certas circunstâncias, o reconhecimento de filho havido fora do matrimônio, inovou em matéria sucessória, criando hipótese de simultâneo chamamento de filho e cônjuge. A partir daquele diploma, e abrindo exceção ao sistema original do Código Civil de 1916, o cônjuge do *de cuius*, se casado pelo regime da separação de bens, passou a concorrer com o filho natural reconhecido, repartindo-se a herança, igualmente, entre os dois (art. 3º).⁶⁵ Tratava-se de solução *discriminatória* do filho natural, uma vez que com filhos *legítimos* (segundo a terminologia da época) o cônjuge não poderia concorrer, diante da ordem de vocação hereditária então em vigor (Código Civil revogado, art. 1.603).

Posteriores modificações legislativas (nºs 447 e 448, *infra*) ensejaram, em determinadas circunstâncias, a vocação do cônjuge supérstite ou da pessoa ligada ao *de cuius* por união estável *concomitantemente* ao chamamento de herdeiros de classes mais próximas, embora tal evolução tenha permitido apenas que um ou outro fosse contemplado com *usufruto* sobre parte da herança, ou com *direito real de habitação* sobre o imóvel destinado à residência da família. A abertura da sucessão, naqueles casos, produzia fenômeno consistente no desmembramento (parcial) da propriedade de que fora titular o falecido: de um lado, transmitia-se aos descendentes ou aos ascendentes a propriedade da herança (parcialmente) *onerada* com novo direito real constituído a partir do óbito; de outro, atribuía-se ao cônjuge ou ao companheiro somente esse mesmo direito real (usufruto ou habitação) incidente sobre a herança transmitida aos herdeiros preferenciais. Em outras palavras, o chamamento simultâneo de descendentes (ou ascendentes) e do cônjuge (ou companheiro) criava novas situações jurídicas, “em particular uma propriedade limitada e um outro direito real sobre coisa alheia, ambas situações sob titularidades diversas, constituindo-se uma em gravame da outra”, sem que cada um dos diferentes sucessores reproduzisse exatamente a anterior situação jurídica do *de cuius*, titular da propriedade plena (Gustavo Tepedino, *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, cap. III, nº 3.1, pág. 62).

Em relação ao *companheiro*, somente a partir da última década do século XX é que o ordenamento jurídico brasileiro passou a cogitar, expressamente, de sua vocação hereditária, permitindo-lhe, em determinados casos, concorrer

com descendentes ou ascendentes do *de cuius* (Leis nºs 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996); mas o que se atribuía ao companheiro, em tais hipóteses, era apenas um direito real *limitado*, incidente sobre fração da herança, como antes explicado.

Pode-se, então, afirmar que, até o advento do Código Civil de 2002, e ressalvadas aquelas hipóteses a que acima se aludiu, os parentes em linha reta não concorriam, na sucessão legítima, com o cônjuge ou com o companheiro do *de cuius*: a vocação de descendente ou, na sua falta, de ascendente era por si só bastante para suprimir a do cônjuge ou do companheiro.

Com o vigente Código Civil, ganha inegável relevo a posição do cônjuge na sucessão legítima, pois este não apenas se torna *herdeiro necessário* (art. 1.845) nos mesmos moldes em que o são descendentes e ascendentes, como ainda passa a concorrer com uns e outros (art. 1.829, nºs I e II), com direito a uma fração variável da herança, segundo as circunstâncias. No caso de união estável, também o companheiro concorre com descendentes e ascendentes (art. 1.790), e não apenas para fazer jus ao usufruto de parte do acervo hereditário ou ao direito real de habitação sobre o imóvel familiar, como na legislação anterior ao Código de 2002 se previa (Leis nºs 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996), senão para receber a propriedade de parte dos bens transmitidos. As circunstâncias em que, no sistema do atual Código Civil, ao cônjuge ou ao companheiro se reconhece vocação hereditária, bem assim a definição da parte que àquele ou a este possa caber na herança constituem objeto de análise no Capítulo CII (*infra*, nºs 447 e 448).

Interessam-nos aqui, por ora, as repercussões dessa vocação do cônjuge ou do companheiro na sucessão a que são também chamados descendentes ou ascendentes. Confrontados os sistemas do Código revogado e do agora em vigor, é fácil entender que uma parte da herança antes reservada aos descendentes e ascendentes, como integrantes das duas primeiras classes na ordem da vocação hereditária estabelecida no diploma anterior, passou a ser em regra destinada ao cônjuge ou ao companheiro do *de cuius*.

Continua a ser verdade, porém, que a vocação de descendentes afasta a de ascendentes (art. 1.829), tal como ocorria nas sucessões abertas durante a vigência do Código de 1916, quer os primeiros concorram ou não com o

cônjuge ou com o companheiro do autor da herança. Cabe lembrar, a propósito, que a vocação preferencial dos descendentes independe do *grau* de parentesco: um neto, conquanto parente de grau mais remoto, afasta o chamamento do pai do *de cuius*, parente de grau mais próximo, porém pertencente a outra classe de sucessores legítimos. O advento do Código de 2002 não alterou, portanto, a regra, já enunciada neste volume (nº 439, *supra*), segundo a qual a contagem dos graus de parentesco somente tem relevância, em tema de sucessão, se os herdeiros se situarem *na mesma classe*, mas não quando pertençam a classes distintas. O Código Civil português de 1966, que em tantos passos serviu de modelo ao nosso Código Civil de 2002, diz expressamente: “Dentro de cada classe, os parentes de grau mais próximo preferem aos de grau mais afastado” (art. 2.135).

O julgamento do RE nº 878.694-MG – Em sessão de 31 de agosto de 2016, o Pleno do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do RE nº 878.694-MG, no qual se discute a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002. No momento em que se redige esta observação (novembro de 2016), o julgamento ainda não foi concluído, em virtude de pedido de vista. Todavia, já foram proferidos sete votos, favoráveis à declaração de *inconstitucionalidade* do dispositivo. Mantidos que sejam tais votos, prevalecerá o entendimento segundo o qual a sucessão do companheiro obedece às normas do art. 1.829 do Código Civil. É provável, no entanto, que a Corte, valendo-se do art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, defina uma data a partir da qual terá eficácia aquela declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista as partilhas já realizadas à luz do art. 1.790.

Descendentes e cônjuge – Ocorrendo o chamamento de descendentes, com eles poderá *ou não* concorrer o cônjuge sobrevivente. No sistema do Código Civil de 2002, a regra é a de que descendentes e o cônjuge concorrem à sucessão do *de cuius* (art. 1.829, nº I, primeira parte); mas a lei afasta a simultânea vocação do cônjuge em três hipóteses: (a) se o casal adotou o regime da comunhão universal de bens; (b) se o regime, por imposição legal, era o da separação obrigatória (art. 1.641); (c) se, havendo o casal adotado o regime da comunhão parcial, o *de cuius* não houver deixado bens particulares.

Não havendo cônjuge com os quais devam concorrer, os descendentes recebem a integralidade da herança. Em semelhante caso, os princípios são

idênticos àqueles do Código revogado:

(a) os filhos sucedem sempre por cabeça (Código Civil de 2002, art. 1.835, primeira parte), repartindo-se *igualmente* a herança entre todos, independentemente da origem da filiação (art. 1.596; Constituição Federal, art. 227, § 6º);

(b) os demais descendentes sucedem por cabeça ou por estirpe, conforme se achem ou não no mesmo grau (art. 1.835, segunda parte);

(c) descendentes mais distantes em grau podem, por direito de representação (art. 1.852), ser simultaneamente chamados à herança do ascendente comum em concorrência com outros descendentes de grau mais próximo.

Enfatize-se que, sendo chamados a suceder, por direito *próprio*, os descendentes de segundo ou maior grau (netos, bisnetos etc.), a partilha se fará sempre *por cabeça*, pouco importando que uma das estirpes seja mais numerosa do que a(s) outra(s), se mais de uma estirpe houver.

Se a hipótese, no entanto, comportar a simultânea vocação de descendentes e do cônjuge sobrevivente, a este caberá, em regra, quinhão igual ao dos descendentes que sucederem por cabeça (art. 1.832). Se houver, pois, um único filho, caber-lhe-á metade da herança, e a outra ao cônjuge; se houver dois, a herança será dividida em três partes iguais; se forem três os filhos, a cada um deles e ao cônjuge tocará um quarto do acervo. Idênticas serão as soluções para as seguintes hipóteses:

(a) chamamento de descendentes de *graus distintos* (por exemplo: um filho e dois netos do *de cuius*, estes últimos filhos de um filho premorto, caso em que a herança será dividida em três porções idênticas, a serem respectivamente atribuídas ao cônjuge, ao filho e, em conjunto, aos representantes do filho premorto);⁶⁶

(b) convocação de descendentes de graus mais remotos, quando todos eles sucedam *por direito próprio* (por exemplo: três netos do *de cuius*, todos filhos de um filho premorto, que concorram com o cônjuge, cabendo a cada herdeiro a fração de um quarto).

Separada, pois, a parte do cônjuge sobrevivente (igual à de cada herdeiro convocado por direito próprio), incidem, no mais, as mesmas regras antes estudadas, quer quanto à absoluta igualdade entre os filhos, quer quanto à

possibilidade de chamamento concomitante de descendentes de diferentes graus, quando aos de grau mais remoto for reconhecido direito de representação (nº 441, *supra*).

Merece exame particular a hipótese, a que o Código Civil de 2002 deu destaque (art. 1.832, segunda parte), na qual o cônjuge deva concorrer com descendentes *comuns*, chamados a suceder *por direito próprio e em número igual ou superior a quatro*. Remetendo o leitor ao Capítulo CII, onde desenvolvemos o assunto (nº 447, *infra*), limitamo-nos, por ora, a esclarecer que, por exceção à regra da partilha por cabeça, a lei atual criou, para semelhante hipótese, uma *quota mínima* em benefício do cônjuge, que, chamado à sucessão naquelas circunstâncias, nunca receberá fração *inferior a um quarto da herança*. Do ponto de vista prático,⁶⁷ isso quer dizer que, havendo número igual ou superior a quatro descendentes que devam suceder por direito próprio (por exemplo: quatro ou mais filhos; quatro ou mais netos, não existindo filhos), a fração da herança a ser dividida entre eles corresponderá a *três quartos*; ocorrendo a simultânea vocação de outros descendentes por direito de representação (v.g., netos do *de cuius*, filhos de filho premorto), tal fração é que será partilhada, por estirpe, de acordo com a regra do art. 1.835. Nesses casos, o cônjuge, a quem tocará um quarto, receberá porção maior que a dos demais herdeiros simultaneamente chamados por direito próprio (nº 440-A, *supra*).

A lei inequivocamente exclui o benefício da quota mínima se o cônjuge concorrer com descendentes apenas do *de cuius*, caso em que prevalecerá a regra da divisão igualitária entre todos (partilha por cabeça). O legislador, contudo, não deu explícita solução para o caso (de não rara ocorrência) de haver simultaneamente descendentes comuns e não comuns (por exemplo: filhos do casal e filhos apenas do *de cuius*), havendo quem se incline a reconhecer também aí o direito do cônjuge à quota mínima.⁶⁸ Deve-se ponderar, todavia, que a regra que o consagra tem natureza excepcional, merecendo, portanto, interpretação restritiva. Se o art. 1.832 reserva a quota mínima em proveito do cônjuge apenas quando este “*for ascendente dos herdeiros com que concorrer*”, segue-se que, concorrendo não somente com seus próprios descendentes, bem assim com descendentes *apenas do falecido*, o cônjuge não estará na situação peculiar (a que a lei condiciona o

deferimento da fração mínima) de ser ascendente dos demais herdeiros. Não cabe invocar, em sentido contrário, a opinião manifestada por autores portugueses,⁶⁹ diante da constatação de que o vigente Código Civil daquele país (art. 2.139º), diferentemente do nosso, não condiciona o reconhecimento da fração mínima do cônjuge à circunstância de ser ele ascendente dos coerdeiros: ali apenas se estatui que a quota do cônjuge “não pode ser inferior a uma quarta parte da herança”.

Reitera-se, pois, a opinião sustentada a partir da 15ª edição deste volume, segundo a qual o chamamento de descendentes *não* comuns (filhos apenas do *de cuius*) afasta, em qualquer caso, o benefício da quota mínima, atribuído ao cônjuge supérstite pelo art. 1.832; em consequência, a partilha se fará por cabeça, aquinhoando-se, igualmente, o cônjuge e os descendentes (comuns e não comuns) chamados por direito próprio (no mesmo sentido, Débora Gozzo, *Comentários...*, pág. 203; Zeno Veloso, “Novo Código Civil – sucessão do cônjuge”, pág. 242).⁷⁰

É recomendável, todavia, que o legislador se ocupe da matéria, resolvendo a controvérsia em termos expressos e inequívocos.

Quando concorrem o cônjuge e os descendentes (*comuns*), reza o art. 1.832 do Código de 2002 que a quota daquele não poderá “*ser inferior à quarta parte da herança*”. Não se deve entender, porém, que a quota mínima incidirá, necessariamente, sobre *tudo* o patrimônio, diante da possibilidade de que o *de cuius* tenha deixado testamento, dispondo de parte de seus bens, nos limites em que a lei lhe assegura semelhante faculdade (Código Civil de 2002, art.1.789). Vale, portanto, para o direito brasileiro, a crítica de Oliveira Ascensão ao art. 2.139º do Código Civil português, fonte imediata do nosso art. 1.832: “O que está em causa é a parte atribuída a título de sucessão legítima, que só eventualmente abrangerá a totalidade da herança”.⁷¹

Descendentes e companheiro – Como antes explicado, a tendência é a de que o Supremo Tribunal Federal, no julgamento (iniciado, mas não concluído, em novembro de 2016) do RE nº 878.694-MG, venha a declarar a inconstitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002, determinando, em consequência, que a sucessão do companheiro seja disciplinada pelo art. 1.829 do mesmo diploma. É provável, no entanto, que a Corte “module” os efeitos daquela declaração de inconstitucionalidade (art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de

novembro de 1999). Por isso, mantém-se, por ora, a exposição do conteúdo daquele art. 1.790.

O companheiro de que fala o Código Civil de 2002, na parte relativa ao Direito das Sucessões, é aquele que estava vinculado ao *de cuius* por união estável, com as características definidas no art. 1.723: não ocorre o fenômeno sucessório entre meros concubinos, assim entendidos o homem e a mulher que, impedidos de casar, mantêm relações não eventuais (art. 1.727). Na hipótese, pois, de concorrerem descendentes e o companheiro do *de cuius*, os direitos sucessórios deste último somente incidem sobre “os bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” (art. 1.790, *caput*): os demais bens, adquiridos pelo falecido antes de constituída a união estável ou, durante ela, a título gratuito, serão objeto de sucessão *apenas pelos descendentes* (o Projeto de Lei nº 6.960, de 2002, pretendia suprimir, contudo, a restrição, para beneficiar o companheiro e permitir-lhe participar da sucessão sobre quaisquer bens do *de cuius*. É provável que o direito brasileiro evolua nesse sentido).

Na parte em que porventura concorram descendentes e o companheiro, os bens (“adquiridos onerosamente na vigência da união estável”) serão partilhados da seguinte maneira:

(a) se houver filhos *comuns*, faz-se a partilha por cabeça, tocando a estes e ao companheiro idênticas frações (art. 1.790, nº I);

(b) se o companheiro concorrer com descendentes só do autor da herança, tocar-lhe-á a metade do que couber a cada um dos coerdeiros (art. 1.790, nº II), calculando-se as frações segundo o procedimento antes exposto acerca da sucessão aberta em favor de filhos outrora ditos “legítimos” e dos reconhecidos na forma da Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949 (nº 443, *supra*).⁷²

Diferentemente do que se passa na sucessão a que concorrem descendentes e o cônjuge, a lei *não* assegura ao companheiro, em nenhuma hipótese, a percepção de uma quota mínima, o que pode provocar uma excessiva diluição de sua participação em todas as sucessões nas quais for elevado o número daqueles coerdeiros. Outras questões relativas à exegese do art. 1.790 serão examinadas adiante (nº 448, *infra*).

Ascendentes e cônjuge – No Código de 1916, a ausência de herdeiros na

classe dos descendentes possibilitava o chamamento dos ascendentes (ali, art. 1.606). A primazia dos descendentes em relação aos ascendentes, na ordem de vocação hereditária, foi mantida no Código de 2002; mas, diferentemente do que se dava no diploma revogado, o cônjuge passou a figurar, na companhia de uns e de outros, nas duas primeiras classes de herdeiros legítimos. Importante enfatizar, desde logo, que, diferentemente do que se passa na primeira classe de herdeiros legítimos (composta por descendentes e pelo cônjuge), aqui é de todo *irrelevante* o regime de bens do casal: à falta de descendentes sucessíveis, o cônjuge do *de cuius* concorrerá *sempre* com os ascendentes.⁷³

Quando houver ascendentes sucessíveis, mas não cônjuge, as regras serão idênticas às do Código de 1916 (nº 445, *supra*), assim resumidas:

(a) os de grau mais próximo excluem os de grau mais remoto, independentemente de linha (Código Civil de 2002, art. 1.836, § 1º);

(b) havendo igualdade em grau e diversidade em linha, os ascendentes da linha paterna herdam a metade, cabendo a outra aos da linha materna (Código Civil de 2002, art. 1.836, § 2º): a seu turno, cada metade se divide, igualmente, entre os integrantes das respectivas linhas, podendo, em consequência, haver ascendentes aquinhoados com frações distintas (se, numa das linhas, o número de herdeiros for superior ao da outra);

(c) não há direito de representação (Código Civil de 2002, art. 1.852, segunda parte). Na hipótese de adoção, o adotante e seus ascendentes (e não os pais ou demais ascendentes biológicos) herdam do adotado (Código Civil de 2002, art. 1.619, na redação da Lei nº 12.010/2009, c/c art. 41 e § 2º do Estatuto da Criança e do Adolescente).

O exame dos casos em que, no sistema do vigente Código, passaram a concorrer *ascendentes e o cônjuge* deve ser feito a partir da interpretação de seu art. 1.837, cuja redação é particularmente infeliz. Se a lei pretendia distinguir claramente três hipóteses, dando a uma delas tratamento diverso daquele dispensado às demais, era imperioso que a primeira fosse redigida de modo a não se confundir com a segunda ou com a terceira: a discriminação legal dos diferentes “suportes fáticos” não pode criar zonas de interseção, se os efeitos jurídicos atribuídos a cada um são diferentes. Ocorre, porém, que, ao descrever a primeira das hipóteses, o Código Civil de 2002 alude ao

chamamento de “*ascendente* [no singular] *em primeiro grau*”; ora, ascendente em primeiro grau pode ser o pai *ou* a mãe; e havendo apenas, entre os ascendentes, o primeiro *ou* a segunda, também estaria configurada (ao menos literalmente) a subsequente hipótese dentre as contempladas na lei: a da existência de “*um só ascendente*”. Há, portanto, uma indesejável superposição entre aquelas hipóteses, agravada pelo fato de serem distintos os efeitos de uma e outra. A rigor, também as duas últimas hipóteses descritas no art. 1.837 apresentam uma zona de interseção, diante da inegável possibilidade de coexistência, numa única pessoa, das qualidades de *único ascendente* (descrição da segunda hipótese) e de *ascendente de grau superior ao primeiro* (descrição da terceira); mas a falha aqui é menos grave, diante do idêntico tratamento dispensado a ambas. De qualquer maneira, é preciso dar ao dispositivo em foco interpretação que trace nitidamente os limites de cada uma dentre as hipóteses contempladas pelo legislador.

Uma interpretação lógica do art. 1.837, que parta da premissa de serem inconfundíveis os três casos, revela o verdadeiro sentido da expressão “*ascendente em primeiro grau*”.

Note-se que a segunda parte do art. 1.837 se desdobra em duas hipóteses, e para ambas a lei determina que ao cônjuge tocará metade, cabendo a outra aos ascendentes. Se houver um único ascendente, *independentemente de grau*, recolherá ele essa metade; se *mais de um houver*, porém de grau superior ao primeiro, a metade será repartida *por linhas* entre os ascendentes (art. 1.836, §§ 1º e 2º). Para que os dois casos possam ser nitidamente separados, é preciso interpretar a cláusula final (“*ou se maior for aquele grau*”) como abrangente de hipótese *diversa* da imediatamente anterior: caso contrário, nenhum sentido teria o emprego da conjunção alternativa. Exemplos:

(a) o único ascendente sucessível é o pai do *de cuius*: a herança será dividida em partes iguais, que serão atribuídas a ele (único ascendente) e ao cônjuge;

(b) o único ascendente sucessível é um avô do *de cuius*: a herança se divide em partes iguais, atribuídas a ele (único ascendente) e ao cônjuge;

(c) os ascendentes são o avô paterno e o avô materno: metade da herança tocará ao cônjuge, devendo a outra ser dividida entre a linha paterna e a materna (no caso, sendo igual o número de ascendentes de cada linha, serão

idênticas as frações herdadas por um e outro);

(d) os ascendentes são os avós paternos e a avó materna: metade da herança tocará ao cônjuge, dividindo-se *entre as duas linhas* a outra (no caso, havendo dois ascendentes na linha paterna e apenas um na materna, àqueles caberá, individualmente, fração correspondente à metade deste);

(e) os ascendentes são o pai, o avô paterno e a avó materna: como entre os ascendentes, os de grau mais próximo afastam a convocação dos de grau mais distante, *sem distinção de linhas* (art. 1.836, § 1º), a vocação do pai exclui a dos avós, quer paternos, quer maternos. Sendo ele, pois, o único ascendente *sucessível*, cabe-lhe metade, e a outra ao cônjuge. A expressão “*um só ascendente*” deve ser interpretada no sentido de *um só ascendente sucessível*, isto é, aquele que possa concretamente ser chamado a suceder em concorrência com o cônjuge, pouco importando que haja outros da mesma classe, embora afastados da sucessão por serem de grau mais remoto.

Como a segunda parte do art. 1.837 do Código Civil de 2002 tem aplicação tanto para a hipótese de haver um só ascendente (qualquer que seja o grau de parentesco), quanto para a de existirem ascendentes (mais de um) de grau superior ao primeiro, conclui-se que a hipótese remanescente só pode ser a de chamamento *dos pais* do autor da herança – de *ambos* os pais. O chamamento conjunto de pai e mãe nem se enquadra na segunda hipótese (“*se houver um só descendente*”), nem na terceira (“*se maior for aquele grau*”): todos os demais casos cabem numa ou noutra. Portanto, embora a lei, na primeira parte do art. 1.837, aluda a “*ascendente*”, no singular, ali forçosamente se haverá de ler “*ascendentes*”, no plural. De modo mais claro e sintético, a lei deveria ter dito, naquele ponto, o seguinte: “*Concorrendo com ambos os pais, ao cônjuge tocará um terço da herança.*”

Faz todo sentido situar na primeira parte do art. 1.837 o caso de convocação de pai e mãe do *de cuius*, pois, separada a fração do cônjuge, os dois terços restantes se partilham *por linhas*, cabendo a cada um dos pais um terço (art. 1.836, § 2º). A herança se dividirá *igualmente* entre o cônjuge e ambos os ascendentes de primeiro grau. Já na hipótese de faltar um dos pais, incidirá a segunda parte do art. 1.837, porque haverá “*um só ascendente*” (o pai *ou* a mãe); aqui, de igual modo, a herança se dividirá *igualmente* entre o cônjuge e o único ascendente em primeiro grau. Não custa lembrar que, na

classe dos ascendentes, os pais são aqueles que têm, estatisticamente, as maiores chances de herdar; e que, no sistema do Código revogado, sua presença afastava a vocação do cônjuge. Parece, então, que o legislador compensou, de algum modo, a perda representada pela inserção do cônjuge na segunda classe dos herdeiros legítimos, garantindo aos pais uma participação na herança *sempre igual* à de seu genro ou nora.

Identificadas a fração do cônjuge e a dos ascendentes, aquela que for atribuída aos últimos se repartirá entre eles (se mais de um houver), de acordo com as regras antes expostas (partilha *por linhas*, e não por cabeça).⁷⁴

Ascendentes e companheiro – Resta, por fim, examinar em que casos e de que modo concorrem os ascendentes e o companheiro à sucessão do *de cuius*. Vale, também aqui, a observação antes formulada acerca do sentido da palavra “*companheiro*”, no que diz respeito ao Direito das Sucessões (cf., neste número, o subtítulo “*Descendentes e companheiro*”).

A matéria está regulada no art. 1.790, nº III, do atual Código Civil. Após haver cuidado das hipóteses de simultâneo chamamento de descendentes e do companheiro, trata o Código daquela em que este último concorre “*com outros parentes sucessíveis*”, expressão que engloba, por óbvio, os ascendentes. A vocação desses “*outros parentes sucessíveis*” obedece à ordem do art. 1.829, onde os ascendentes precedem os colaterais. Portanto, sendo concomitantemente chamados ascendentes e o companheiro, ao último caberá um terço da herança, repartindo-se os dois terços remanescentes entre os ascendentes, segundo as regras que lhes são próprias (partilha por linhas; exclusão dos parentes mais remotos pelos de grau mais próximo, sem distinção de linha; ausência de direito de representação).

Direito de acrescer à quota do herdeiro (descendente ou ascendente) renunciante – De acordo com o art. 1.810 do Código Civil de 2002, a parte do herdeiro renunciante, na sucessão legítima, “acresce à dos outros herdeiros da mesma classe e, sendo ele o único desta, devolve-se aos da subsequente”. A regra não constitui novidade, sendo mera reprodução literal do art. 1.589 do Código anterior. No sistema deste, em que as duas primeiras classes de herdeiros legítimos se compunham, respectivamente, *apenas* de descendentes e *apenas* de ascendentes, a renúncia de um deles favorecia, no primeiro caso, os demais descendentes, e no segundo, os outros ascendentes. Apenas a

renúncia de *todos* os descendentes e de *todos* os ascendentes (se houvesse herdeiros de ambas as classes) poderia beneficiar o cônjuge.

A partir do diploma de 2002, com a inclusão do cônjuge nas duas primeiras classes de herdeiros legítimos, a quota do descendente ou do ascendente que renunciar acrescerá, conforme o caso, às dos demais descendentes ou ascendentes, *assim como à do cônjuge*, repartindo-se a fração do renunciante entre *todos* os sucessores que tenham sido simultaneamente chamados. Sendo o renunciante tratado como se nunca fosse herdeiro (nº 434, *supra*), a devolução da herança se opera em favor de todos aqueles que haveriam de com ele concorrer, inclusive o cônjuge.⁷⁵

A solução consistente em dividir o quinhão do renunciante entre todos os coerdeiros é aquela alvitada, na doutrina portuguesa, para a hipótese de concorrência entre descendentes e cônjuge (cf. Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 197, pág. 345), e somente excluída na classe subsequente em virtude de disposição expressa (art. 2.143º), segundo a qual a parte do ascendente renunciante acresce *apenas às dos outros ascendentes*, e não ao viúvo ou à viúva com quem concorrem (Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, nº 122, págs. 209-210; Capelo de Souza, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. I, págs. 349-350; José António de França Pitão, *A Posição do Cônjuge Sobrevivo no Actual Direito Sucessório Português*, pág. 41). Para o direito brasileiro, entretanto, à falta de regra restritiva análoga, que abra exceção à do art. 1.810, deve-se reputar existente (em regra) o direito de acrescer, em benefício do cônjuge, também quando ele for chamado a suceder em concorrência com os ascendentes.

Resta saber de que modo se dividirá, em função da renúncia e do consequente direito de acrescer, a quota do renunciante. Entre os autores portugueses (a que o jurista brasileiro forçosamente deve recorrer, diante das semelhanças entre os sistemas), a matéria não é pacífica, com a formulação de duas soluções:

(a) a fração do renunciante deve ser repartida *proporcionalmente* entre descendentes e cônjuge (Oliveira Ascensão, *ob. cit.*, nº 197, págs. 345-346; Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições...*, pág. 354);

(b) divide-se a quota vaga *igualmente* (por cabeça) entre os herdeiros remanescentes (Carlos Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das*

Sucessões, vol. II, nº 217, págs. 152-153, e nº 386, págs. 252-253).

Para o direito brasileiro – como também, a rigor, para o português – a questão somente apresenta relevância prática no caso em que se deva reconhecer ao cônjuge a *quota mínima* de um quarto da herança (art. 1.832, parte final): nos demais (em que a fração do cônjuge seja idêntica à dos descendentes chamados por direito próprio), a adoção de qualquer dos dois critérios conduzirá ao mesmo resultado aritmético. O mesmo não ocorrerá, todavia, se a hipótese se enquadrar na parte final do art. 1.832, como se extrai do seguinte exemplo: o autor da herança tinha seis filhos, que devem concorrer com o cônjuge, do qual também são filhos; aceita a herança por todos, o cônjuge faria jus a 1/4 (fração mínima) e cada um dos demais, a 1/8; se a fração de um filho renunciante for repartida segundo o critério da *proporcionalidade*, a porção acrescida à do cônjuge corresponderá ao dobro da que for acrescida à de cada um dos cinco⁷⁶ filhos remanescentes; se for acolhido o critério da *igualdade*, as frações adicionadas serão idênticas e corresponderão à sexta parte de 1/8.

Na doutrina portuguesa, argumenta-se a favor do critério da proporcionalidade a partir de norma expressa do Código daquele país, relativa à sucessão *testamentária*, segundo a qual, sendo desiguais as frações dos herdeiros, “a parte do que não pôde ou não quis aceitar é dividida pelos outros, respeitando-se a proporção entre eles” (art. 2.301º): daí se extrai um “princípio geral” em matéria de direito de crescer, também aplicável à sucessão legítima (Oliveira Ascensão, ob. cit., nº 197, pág. 346). Não há no Código Civil de 2002, nem havia no anterior, regra explícita sobre o ponto, quer prevista como princípio geral, quer especificamente para a sucessão legítima ou para a testamentária; quanto à última, porém, os intérpretes do Código revogado eram favoráveis à adoção do critério da proporcionalidade (explicitamente, Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, Forense, 1957, vol. III, nº 836, págs. 233-234; implicitamente, Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, Borsoi, 1969, t. LVII, § 5.802, nº 9); e há quem também se incline pela mesma solução no direito vigente (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.943, pág. 579).

A eleição do critério da proporcionalidade, no direito brasileiro, pode

fundar-se na aplicação, por analogia, da regra da primeira parte do art. 1.950, referente à substituição recíproca entre sucessores testamentários chamados a receber partes desiguais: neste caso, “a proporção dos quinhões fixada na primeira disposição entender-se-á mantida na segunda” (cf., *infra*, nº 471). A analogia é aqui perfeitamente admissível, se considerarmos que os herdeiros remanescentes, no caso do art. 1.810, também substituem o renunciante, tal como se passa na sucessão testamentária, distinguindo-se as hipóteses apenas em que, na primeira, o chamamento do coerdeiro produz-se por força de lei, enquanto, na segunda, em razão da vontade do testador.

Duas situações merecem exame particular, pois traduzem exceções à regra da repartição da quota do renunciante entre todos os coerdeiros: (a) renúncia manifestada por um dos *representantes* de herdeiro (descendente) premorto; (b) renúncia manifestada por ascendente, quando outros houver, simultaneamente, *em ambas as linhas*.

Na linha reta descendente, como antes explicado (nº 441, *supra*), podem eventualmente concorrer parentes de graus distintos, por força do direito de representação (Código Civil de 2002, art. 1.852), como no caso (certamente, o mais comum) de chamamento de netos do *de cuius*, filhos de um filho premorto, em concorrência com os demais filhos do autor da herança. Nada obsta a que qualquer dos representantes, como herdeiro que é, renuncie à quota que lhe foi oferecida. Põe-se, então, o problema: a quem beneficiará tal renúncia? Por força da regra segundo a qual os representantes devem herdar *o que o representado herdaria, se fosse vivo* (Código Civil de 2002, art. 1.854), a quota do que repudiar deve ser dividida *apenas entre os demais representantes*, operando-se o acréscimo *dentro da própria stirpe*, sem favorecer os demais herdeiros. A fração que teria sido atribuída ao representado, se vivo ao tempo da abertura da sucessão, deve manter-se íntegra, dividindo-se entre os representantes que a aceitarem. Por óbvio, se existir um único representante, e se vier a renunciar, ou se ocorrer renúncia coletiva de *todos* os representantes, a quota vaga será repartida entre os coerdeiros, segundo o procedimento antes exposto.

Na linha reta ascendente, a partilha se faz *por linhas* (nº 445, *supra*), cabendo metade a cada uma, se houver ascendentes (*de mesmo grau*) em ambas. Ocorrendo renúncia de herdeiro situado em uma das linhas, a quota

vaga acrescerá à *dos demais herdeiros da mesma linha*, sem, todavia, beneficiar quer os da outra, quer o cônjuge. A conclusão decorre da norma que impõe a divisão *igualitária* da herança (ou, se houver cônjuge, da parte atribuída aos ascendentes) entre as linhas paterna e materna (Código Civil de 2002, art. 1.836, § 2º).

Tais exceções são comumente admitidas em sede doutrinária⁷⁷ e perfeitamente compatíveis com o sistema do Código Civil em vigor,⁷⁸ conforme se procurou demonstrar.

Tudo quanto acima se expôs, em matéria de direito de acrescer, é também aplicável, *mutatis mutandis*, às hipóteses em que concorrem descendentes e *companheiro*, ou este e ascendentes (art. 1.790, nºs I, II e III).

CAPÍTULO CII

SUCESSÃO DO CÔNJUGE E DO COMPANHEIRO

Sumário

446. Sucessão do cônjuge no Código Civil de 1916. **446-A.** Meação e herança: distinção (Código Civil de 1916 e Código Civil de 2002). **447.** Evolução do direito sucessório do cônjuge (anterior ao Código Civil de 2002). **447-A.** Sucessão do cônjuge no Código Civil de 2002. **448.** União estável: sucessão entre companheiros. **448-A.** Separação de fato dos cônjuges e posterior união estável de um deles: exame da questão. **448-B.** Companheiro: herdeiro necessário?

Bibliografia

Hermenegildo de Barros, “Do Direito das Sucessões”, in *Manual do Código Civil Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. XVIII, nºs 317 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 46 e segs.; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. I, nºs 291 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nºs 143 e segs.; Orlando Gomes, *Sucessões*, 15ª ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, nºs 49, 51 e 54 e segs.; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, vol. IX, nºs 322 e segs.; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nºs 1.107 e segs.; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nºs 787 e segs.; Walter D’Avanzo, *Delle Successioni*, vol. II,

págs. 594 e segs.; Luigi Ferri, *Successioni in Generale*, págs. 43 e segs.; Ludovico Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, págs. 223 e segs.; Vittore Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. V, n^{os} 68 e segs.; Domenico Barbero, *Sistema del Derecho Privado*, vol. V (tradução da sexta edição por Santiago Sentis Melendo), EJEa, 1967; Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, 2^a ed., Giuffrè, 2002, t. I; Gustavo Tepedino, *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, 2^a ed., Forense, 1991; Luigi Carraro, *La Vocazione Legittima alla Successione*, Cedam, 1979; José António de França Pitão, *A Posição do Cônjuge Sobrevivo no Actual Direito Sucessório Português*, 3^a ed., Almedina, 1994; Inocência Galvão Telles, *Direito das Sucessões*, 6^a ed., Coimbra, 1996; Carlos Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões*, Lex, 1993, vol. II; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, 5^a ed., Coimbra, 2000; Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Almedina, 1990; Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *O Companheirismo: Uma Espécie de Família*, 2^a ed., Revista dos Tribunais, 2001; Rodrigo da Cunha Pereira, *Concubinato e União Estável*, 6^a ed., Del Rey, 2001; Pierre Voirin e Gilles Goubiaux, *Droit Civil*, 25^a ed., LGDJ, 2008, t. II; José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, Atlas, 2003, vol. XVIII; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, 2003, vol. XX; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, 4^a ed., 2004, vol. XXI; Ana Luiza Maia Nevares, *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*, Renovar, 2004; Ana Luiza Maia Nevares, *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito-Civil Constitucional*, 2^a ed., Atlas, 2015; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, 14^a ed., Atlas, 2014; Zeno Veloso, “Novo Código Civil – sucessão dos cônjuges”, in *Revista do Advogado*, AASP, n^o 98, págs. 234 e segs., julho de 2008; Áurea Pimentel Pereira, *União Estável – Doutrina e Jurisprudência*, Renovar, 2008; Sylvio Capanema de Souza, “A sucessão do companheiro: questões controvertidas”, in *Revista da EMERJ*, vol. 13 (2010), n^o 52, págs. 17 e segs.; Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, RT, 3^a ed., 2014; Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões*, Quid Iuris, 2^a ed., 2004; Carlos Roberto Barbosa Moreira, “Regime de bens e sucessão”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, n^o

56, 2015, págs. 45 e segs.; Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito das Sucessões*, 2ª ed., Atlas, 2015.

446. SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 1916

O Direito Romano considerava a mulher casada *in loco filiae* e como tal, podia herdar do marido, mas não dispor dos bens. Sendo *alieni iuris*, não tinha patrimônio próprio, e, conseqüentemente, não se cogitava de sua sucessão por morte do cônjuge varão.

Vulgarizados os casamentos *sine manu*, à mulher foi facultado ter seus próprios haveres. E, de outro lado, a elaboração pretoriana amenizou a rigidez *quiritária*, criando a sucessão entre cônjuge sob a forma da *bonorum possessio unde vir et uxor* (v. nº 439, *supra*). Na última fase do Direito Romano, da codificação justinianeia, foi reconhecido à mulher direito à sucessão do marido, recolhendo a quarta parte em propriedade na falta de filhos, e em usufruto se os havia até o máximo de três; se fossem em maior número, um direito usufrutuário mais limitado. Na falta de colaterais, os cônjuges eram herdeiros um do outro.⁷⁹

Vê-se, então, que pelo Direito Romano existia sucessão do cônjuge, e já se cogitava de proteção à viúva, não sendo estranha a ideia, da sucessão usufrutuária, a par da que se deferia em propriedade.

Em nosso direito anterior ao Código Civil de 1916, cônjuge herdava em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, colocado depois dos colaterais, chamados a suceder em grau tão remoto (décimo) que, no dizer de Beviláqua, se encontravam mais na condição de conterrâneos que de parentes. Tal situação, refletindo profunda iniquidade, durou até o advento da Lei nº 1.839, de 31 de dezembro de 1907, denominada “Lei Feliciano Pena” em homenagem ao senador mineiro, seu autor.⁸⁰ Essa lei chamou o cônjuge em terceiro lugar, antes dos colaterais.

O Código de 1916 manteve-o (art. 1.611), atribuindo-lhe a herança do cônjuge falecido, sob duplo pressuposto: *a*) ausência de descendentes e ascendentes; *b*) não estarem os cônjuges legalmente separados. Os descendentes e os ascendentes, no sistema daquele Código, excluíam o cônjuge. E o desquite (mais tarde, separação judicial) e a anulação de

casamento ilidiam o seu direito sucessório.

O Código Civil de 2002, como anotado em exposição precedente (nº 445-A, *supra*), alterou significativamente a posição do cônjuge na ordem da vocação hereditária. Mas as regras que agora conferem ao cônjuge sobrevivente uma parte variável da herança, em concorrência com descendentes ou com ascendentes do *de cuius* (respectivamente, arts. 1.832 e 1.837 do Código Civil), somente se aplicam às *sucessões abertas a partir do dia 11 de janeiro de 2003*: se o óbito ocorreu ainda na vigência da lei revogada, é esta que define a ordem do chamamento dos herdeiros legítimos, conquanto o inventário ou a partilha se realizem após aquela data. Por isso, o exame completo do tema deste capítulo não deve prescindir – ao menos, por algum tempo – da descrição do sistema da lei revogada, não somente como informação de valor histórico, mas também como guia para sua interpretação e aplicação, ainda útil aos que lidarem com processos (inventários, ações de petição de herança etc.) relativos a situações nas quais incidiu o Código de 1916.

As observações que seguem foram escritas à luz das normas e princípios do Código revogado, permanecendo válidas para as sucessões abertas ainda na sua vigência.

Havendo situado o cônjuge sobrevivente na terceira classe de herdeiros legítimos, após os descendentes e os ascendentes do autor da herança, o Código Civil de 1916 condicionava sua vocação a que, ao tempo do óbito, não estivesse dissolvida a sociedade conjugal (art. 1.611, *caput*). Portanto, em relação às sucessões regidas por aquele diploma, o chamamento do cônjuge somente não ocorria quando, ao tempo do óbito, já fora decretada a separação do casal. Não bastava para este efeito a separação de fato, nem podia produzi-lo a medida judicial preparatória da separação de corpos. Era necessária a separação.⁸¹ E havia de estar homologada regularmente, se por mútuo consentimento, ou passada em julgado a sentença, se litigiosa. Só assim se consideravam, no caso, legalmente separados os cônjuges. Pendente de homologação ou de trânsito em julgado o decreto judicial, a dissolução da sociedade conjugal era superada e absolvida pela morte, cujos efeitos, por mais amplos, prevaleciam. Dentre eles, o direito à herança. No Direito francês, o divórcio definitivamente julgado faz cessar o direito hereditário

entre cônjuges.⁸² Mas no Direito alemão, é bastante para este efeito (BGB, art. 1.933) o fato de o cônjuge defunto ter iniciado a ação de divórcio.⁸³

Não tendo, todavia, a separação efeitos irreversíveis, a *reconciliação dos cônjuges* restabelecia a sociedade conjugal, e com ela o direito sucessório entre eles.⁸⁴ Mas não era suficiente a reconciliação de fato.⁸⁵

A *anulação do casamento* não privava contudo o cônjuge de boa-fé do direito sucessório se fosse declarado *putativo* (nº 393, *supra*, vol. V). Mas o divórcio extinguiu o direito sucessório.

446-A. MEAÇÃO E HERANÇA: DISTINÇÃO (CÓDIGO CIVIL DE 1916 E CÓDIGO CIVIL DE 2002)

Tanto no sistema do Código Civil de 1916, quanto no atual, não há confundir o direito à herança, reconhecido ao cônjuge supérstite, com a sua *meação*. No sistema do Código de 1916, a meação era um efeito da comunhão, ao passo que o direito hereditário não dependia do regime de bens; no Código Civil de 2002, todavia, nenhuma das afirmações pode ser feita em caráter absoluto, como adiante se demonstra. À meação, em regra, já tem o cônjuge direito em vida do outro, na vigência da sociedade conjugal, não lhe advindo, portanto, *successionis causa*.⁸⁶ A morte do cônjuge, nos regimes de comunhão, apenas põe termo ao estado de indivisão, permitindo sejam discriminados e individuados os bens sobre que incide a metade de cada um. No sistema do Código Civil de 1916, fora dos regimes que importavam em comunhão de bens (universal ou parcial), inexistia a *meação*; no Código Civil de 2002, porém, o denominado *regime de participação final nos aquestos* (arts. 1.672 e seguintes) importa em *separação de patrimônios*, durante a vigência da sociedade conjugal, mas, sendo esta dissolvida por morte de um deles, ao sobrevivente tocará a metade dos bens adquiridos pelo casal, a título oneroso, na constância do casamento: há, também quanto a tais bens, *meação*, embora incidente sobre patrimônio que, em vida do *de cuius*, a este pertencia exclusivamente (Código Civil de 2002, art. 1.685). No regime de separação, os patrimônios se não confundem; porém, no da separação *obrigatória* (Código Civil de 1916, art. 258, parágrafo único; Código Civil atual, art. 1.641), entende-se que os aquestos são comuns (Súmula da Jurisprudência

Predominante do Supremo Tribunal Federal, nº 377), existindo meação sobre eles.⁸⁷ Como observação de cunho meramente histórico, no regime dotal (Código Civil de 1916, arts. 278 e seguintes), recebia a mulher a restituição de seu dote (v. nº 403, *supra*, vol. V), o que se não dava a título hereditário, porém de reversão daquilo que lhe pertencia: e se, pela morte da mulher, o marido vinha a adquirir os bens dotais, não ocorria a aquisição por ser herdeiro dela, mas em consequência do pacto antenupcial, pois somente teria lugar se houvesse sido estipulado.⁸⁸

Para as sucessões abertas na vigência do Código de 1916, em cujo sistema o cônjuge não figurava entre os herdeiros necessários (nº 430, *supra*), podia o *de cuius* dispor da sua meação sem restrições e, desta sorte, privar o supérstite da herança (art. 1.725); diferentemente, nas sucessões abertas a partir de 11 de janeiro de 2003, o cônjuge passa a integrar aquela categoria (Código Civil em vigor, art. 1.845), não podendo ser privado da legítima (art. 1.846).

Deve-se ressaltar que o regime de bens, com o advento do Código Civil de 2002, passou a ter relevância na definição dos direitos hereditários do cônjuge, quando este concorra com descendentes do *de cuius* (nº 447-A, *infra*).

Nos casos de constituição de patrimônio comum entre *companheiros* (Código Civil atual, art. 1.725), o sobrevivente também terá direito à meação, sem prejuízo de sua participação na herança (nº 448, *infra*).

Deserdação. A meação do cônjuge sobrevivente é intangível porque lhe pertence por direito próprio. Mas daquilo que recebe por herança poderá ser privado, com fundamento em indignidade, como qualquer outro herdeiro.⁸⁹ Para a hipótese de *deserdação*, no Código Civil de 2002, remetemos o leitor ao Capítulo CX (nº 475, *infra*).

447. EVOLUÇÃO DO DIREITO SUCESSÓRIO DO CÔNJUGE (ANTERIOR AO CÓDIGO CIVIL DE 2002)

Na primeira edição de seu *Direito das Sucessões*, Clóvis Beviláqua fazia acerba crítica ao modo como era regulada a sucessão do cônjuge, colocado em quarto lugar na ordem de vocação hereditária, depois de todos os parentes colaterais até o décimo grau. Atendidos pela Lei Feliciano Pena (Lei nº 1.839,

de 31 de dezembro de 1907) e pelo Código Civil de 1916, os apelos dos bons juristas, foi corrigida aquela injustiça, com a inversão das posições e colocação do cônjuge antes dos colaterais. Mas, pelo regime do Código, tal como ocorreu no Direito francês, o sistema sucessório baseou-se no parentesco (Vialleton). Foi por isso que já se considerou, no tempo, grande passo convocar o cônjuge antes dos colaterais.

A medida não era suficiente. E assim se entendeu. Atenuados os efeitos no regime de comunhão de bens, nem por isso o tratamento dispensado pelo Código de 1916 foi satisfatório. Vieram, então, as modificações, que estruturam estes direitos, não de maneira plenamente a contento, se bem que um pouco mais razoável considerando a situação do cônjuge sucessor em duas hipóteses: 1ª) *herdeiro único* na falta de descendente e ascendente; 2ª) *herdeiro concorrente* com uns e outros, na qualidade de herdeiros necessários, *ex vi* do disposto no art. 50 da Lei nº 6.515/77 (v. nº 430, *supra*).

1. *Herdeiro único*. Na falta de descendentes e ascendentes, e vigente o Código Civil de 1916, o cônjuge supérstite sucedia ao falecido, qualquer que fosse o regime de bens, recebendo a herança em propriedade, com aplicação dos princípios deduzidos acima (nº 446, *supra*). A Lei nº 6.515, de 26 de dezembro de 1977, não alterou a disposição do art. 1.611 do Código Civil senão na redação, substituindo a referência ao desquite pela nomenclatura (dissolução da sociedade conjugal), adequada à nova expressão vocabular. Assim é que, não estando dissolvida a sociedade conjugal, o cônjuge supérstite era chamado a suceder, em não havendo descendentes nem ascendentes.

2. *Herdeiro concorrente*. O cônjuge sobrevivente herdava em concorrência com outros sucessores, em circunstâncias particularmente estabelecidas em leis especiais. Mas sempre no pressuposto de não haver o cônjuge deixado testamento, pois que, em tal caso, a herança deferia-se na observância às disposições de última vontade e não na conformidade dos mandamentos legais.

A) *Com filhos extramatrimoniais*. A Lei nº 883, de 21 de outubro de 1949, permitiu o reconhecimento de filhos havidos fora do matrimônio (v. nº 412, *supra*, vol. V), e com efeitos sucessórios (nº 443, *supra*, vol. VI). A perfilhação não trazia, porém, a consequência de excluir o cônjuge

sobrevivente, a não ser que o outro houvesse feito testamento. Na falta ou ineficácia deste, se o regime fosse de separação, o cônjuge sobrevivente herdava a metade dos bens deixados pelo outro, e cabia aos adúlteros reconhecidos na forma dessa lei a outra metade (art. 3º).⁹⁰ Pelo art. 227, § 6º, da Constituição de 1988, não mais existe qualquer discriminação que distinga o filho adúltero dos filhos legítimos, o que também se acha dito no Código Civil de 2002 (art. 1.596).

Não se dava, porém, o concurso necessário do cônjuge, se houvesse filho legítimo ou legitimado, pois neste caso a herança era partilhada entre todos os filhos, mas com observância do que dispunha o art. 2º (v. nº 443, *supra*, vol. VI).

No caso ora examinado, de concurso sucessório entre filho reconhecido e o cônjuge sobrevivente, herdava este em propriedade.

B) Com filhos legítimos ou legitimados (e, a partir da Constituição Federal de 1988, com quaisquer filhos). A Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962 (Estatuto da Mulher Casada), não poderia deixar de introduzir modificações no esquema sucessório do cônjuge. E assim fez, com a nova redação do art. 1.611 do Código Civil, que instituiu modalidade de *sucessão em usufruto*, inovando no regime do Código. Por oportuno, todavia, cabe salientar que não constituía anomalia, pois que, antes daquela inovação, já era conhecido e aplicado em outros sistemas (francês, italiano), e historicamente o Direito Romano justinianeu o admitiu (nº 446, *supra*, vol. VI).

Em face da nova redação do dispositivo, ao cônjuge supérstite foi reconhecido direito à sucessão usufrutuária nos bens deixados pelo outro, em quota variável, segundo as hipóteses legalmente previstas: se concorresse com filhos do casal ou filhos do falecido, o usufruto limitava-se à quarta parte dos bens da herança; se não houvesse filhos, mas houvesse ascendente do *de cuius*, o usufruto incidiria na metade dos bens da herança (v., sobre o direito usufrutuário da mulher, nº 395, *supra*, vol. V).

Levando em conta a nova posição do cônjuge na ordem de vocação hereditária, o Código Civil de 2002 aboliu o usufruto viual, que, em consequência, não mais incidirá sobre as sucessões abertas a partir de 11 de janeiro de 2003.

Natureza do usufruto viual (Estatuto da Mulher Casada). Alguns

problemas ocorrem na qualificação deste direito. Em oposição ao do nu-proprietário com quem concorra (descendente ou ascendente), que é considerado “herança”, a doutrina costuma caracterizá-lo como um “legado”, e ao usufrutuário se dá o apelido de legatário *ex lege*.⁹¹ Mais recentemente, porém, identificam-se manifestações favoráveis à sua caracterização como *herança necessária*, ao argumento de que o direito concedido ao cônjuge, além de insuscetível de ser afastado em testamento, recai sobre fração abstrata do patrimônio transmitido, e não sobre coisa singularizada; em consequência, o cônjuge, a partir do Estatuto da Mulher Casada, teria sido alçado à condição de herdeiro necessário (Gustavo Tepedino, *Usufruto do Cônjuge Viúvo*, cap. III, n^{os} 3 e 5). Vale registrar, a propósito, a substancial contribuição de Inocêncio Galvão Telles, que enxerga *herança*, e não legado, no usufruto instituído sobre o acervo hereditário ou sobre fração dele, a despeito de, em seu país, haver regra expressa que atribui ao sucessor, em tal hipótese, a qualificação de legatário (*Direito das Sucessões*, n^o 48, págs. 244 e segs.). No direito suíço, a natureza de análogo usufruto era igualmente controvertida.⁹²

Não padece dúvida que esta sucessão em usufruto é *temporária* e *condicional*, não obstante o direito do herdeiro ser perpétuo (Luigi Ferri); prevalece enquanto durar a viuvez, vale dizer, cessará de pleno direito em casando de novo o cônjuge sobrevivente, e não se restabelece mais, pela separação judicial, divórcio direto (Constituição Federal, art. 226, § 6^o, parte final) ou viuvez superveniente.

Temporário e condicional, este usufruto do cônjuge é direito de procedência sucessória quanto à fonte e ao conteúdo, posto que revista forma peculiar.⁹³ Independe de uma declaração constitutiva, mas assemelha-se nos seus efeitos ao direito real de usufruto (n^o 340, *supra*, vol. IV).

A sucessão usufrutuária ora examinada não terá lugar se o casamento for celebrado em regime de comunhão de bens. Esta orientação é razoável, em face de que a *meação* lhe é assegurada em propriedade, não se acumulando esta com o usufruto da outra metade.⁹⁴ Prevalece, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento de que o cônjuge não faz jus ao usufruto se casado pelo regime da comunhão parcial (RSTJ 64/210) ou se, casado pelo regime da separação legal, foi aquinhoadado no testamento com

bens em quantia igual ou superior àqueles sobre os quais recairia o usufruto (RSTJ 63/301).

Incidência do usufruto. É importante indagar o valor sobre que incide o usufruto atribuído ao cônjuge. No Direito italiano anterior à reforma de 1975, civilistas autorizados consideravam que ele atingia a totalidade dos bens, porém limitado à fração estabelecida.⁹⁵ Por exemplo: se o cônjuge tinha a sucessão usufrutuária correspondente a um terço, significava que dos rendimentos da totalidade dos bens é assegurada uma terça parte ao favorecido.

Em nosso Direito, não vigora a mesma regra. Pela Lei nº 4.121/62, o cônjuge tem direito ao usufruto “da quarta parte dos bens do cônjuge falecido” ou “à metade”, conforme o caso. Quer dizer: separam-se bens correspondentes à quota-parte do que for deixado pelo defunto, computando sobre esta parte do monte o usufruto do cônjuge sobrevivente. O sistema oferece a vantagem de liberar a fração restante, atribuída aos herdeiros em propriedade plena,⁹⁶ o que passou a ser objeto do § 1º do art. 1.611 do Código Civil.

O Superior Tribunal de Justiça, em acórdão de 3 de abril de 2001 (*Lex STJ* 145/217), entendeu que o usufruto “recai sobre a totalidade do patrimônio do falecido – inclusive, portanto, sobre a legítima”. A possibilidade de o usufruto incidir sobre a parte reservada aos herdeiros necessários fora anteriormente defendida, em sede doutrinária (Gustavo Tepedino, *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, cap. III, nº 7).

Cessaçã do usufruto. Este usufruto, temporário e condicional, termina pela morte do favorecido, pela sua convolação a novas núpcias, pela indignidade ou deserdação, como ainda por qualquer das causas extintivas do usufruto em geral (nº 343, *supra*, vol. IV).⁹⁷

Direito intertemporal. Entrando em vigor as disposições da Lei nº 4.121, levantou-se a questão se somente se aplicaria aos casamentos que se celebrassem após o seu império. Depois de algumas vacilações, fixou-se a doutrina correta: a aplicação imediata e geral da lei (Lei de Introdução, art. 6º) leva a que alcance todos os matrimônios anteriormente celebrados, uma vez que os descendentes e ascendentes não têm direito adquirido antes da abertura da sucessão, senão mera *spes debitum iri*. O mesmo se não dirá das

sucessões já abertas quando a lei entrou em vigor, pois naquele instante a herança fora transmitida sem o encargo usufrutuário.

Havendo o Código Civil de 2002 abolido esse usufruto, não há mais que cogitar de sua incidência no que tange às sucessões abertas desde 11 de janeiro de 2003. A sucessão do cônjuge em propriedade (Código Civil, art. 1.829) tornou desnecessária a proteção que se lhe pretendia assegurar mediante a concessão do usufruto.

Conversão do usufruto. Em Direito francês (e no italiano anterior à reforma de 1975) é lícita a comutação do usufruto do cônjuge numa renda vitalícia, com aplausos da doutrina, que, contudo, encarece a necessidade de assegurar garantias suficientes.⁹⁸ Não obstante as vantagens da transformação, o nosso Direito, no sistema anterior ao Código Civil atual, não a admitia.⁹⁹

Direito real de habitação. No propósito ainda de amparar o cônjuge supérstite contra a eventualidade de ser privado de moradia, o art. 1.611 do Código Civil de 1916 foi modificado pela Lei nº 4.121/62, para lhe atribuir um direito real de habitação, tendo como objeto o imóvel destinado à residência da família, desde que seja o único bem daquela natureza a inventariar, sendo incluído o § 2º no referido art. 1.611 (v. nº 395, *supra*, vol. V). No sistema anterior ao Código Civil de 2002, tinha a lei aplicação ao regime de comunhão de bens, e não ficava prejudicado o direito do cônjuge à sua meação. Ainda de acordo com a lei revogada, este direito real é vitalício, mas condicional, extinguindo-se *pleno iure* com a cessação do estado de viuvez. Não passa todavia aos sucessores, terminando com a morte do beneficiário.

Entendido na sua literalidade, pode ser deturpado nos seus objetivos, como no caso de o monte compreender volume considerável de bens de outra natureza, e se atribuir ao viúvo ponderável fortuna, e ao mesmo tempo o direito real de habitação sobre a casa de residência em detrimento dos herdeiros. É totalmente gravoso se for o único imóvel do espólio.

Tem natureza jurídica de legado *ex lege*, conforme ressaltam civilistas brasileiros (Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 56; Ana Luiza Maia Nevares, *A Função Promocional do Testamento*, pág. 150) e de outros países onde vigora análogo benefício (na Itália: Carraro, *La Vocazione Legitima alla Successione*, nº 22, pág. 96, e nº 25, pág. 115; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 144;

Giovanni Bonilini, *I Legati*, pág. 17; em Portugal: José António de França Pitão, *A Posição do Cônjuge Sobrevivo no Actual Direito Sucessório Português*, pág. 50; Carlos Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões*, vol. II, págs. 69-70).

Outros direitos. Na mesma linha de proteção ao cônjuge sobrevivente, a lei chamada de “proteção à família” (Decreto-Lei nº 3.200, de 19 de abril de 1941) dispôs no art. 17 (com a redação dada pelo Decreto-Lei nº 5.187, de 13 de janeiro de 1943) em favor da brasileira, casada com estrangeiro em regime que exclua a comunhão de bens, concedendo-lhe por morte do marido o usufruto vitalício da quarta parte dos bens deste, se houver filhos do casal (ou apenas do marido) e da metade se os não houver. Difere este direito da sucessão usufrutuária, acima examinada, em que, na hipótese do marido estrangeiro, o usufruto é por toda a vida, não condicionado à manutenção do estado de viuvez. A doutrina entendeu que o Decreto-Lei nº 3.200/41 não fora revogado pelo Estatuto da Mulher Casada, “este se tornando a regra geral sobre a matéria e aquele, disposição específica, aplicável somente em relação às pessoas que menciona, ou seja, à brasileira casada com estrangeiro” (Gustavo Tepedino, *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, cap. III, nº 1). A subsequente revogação do Código Civil de 1916 e a ausência, no Código de 2002, de dispositivo correspondente ao art. 1.611, § 1º, do anterior não afetam, contudo, a vigência do Decreto-Lei nº 3.200/41, que continua como regra especial, de incidência restrita à hipótese ali cogitada.

Em seguida, a Lei de Introdução (Decreto-Lei nº 4.657, de 4 de setembro de 1942) estabeleceu que a vocação para suceder em bens de estrangeiro situados no Brasil seria regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge brasileiro e dos filhos do casal. Mas, se a lei do domicílio lhes fosse mais favorável, preferia à brasileira. Mais tarde, a Constituição Federal de 1946 repetiu a mesma regra de favorecimento, substituindo contudo pela lei nacional a alusão à lei do domicílio, contida na Lei de Introdução. Na vigente ordem constitucional, a regra está assim enunciada: “A sucessão de bens de estrangeiros situados no País será regulada pela lei brasileira em benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros, sempre que não lhes seja mais favorável a lei pessoal do *de cujus*” (Constituição Federal de 1988, art. 5º, nº XXXI). A Lei nº 9.047, de 18 de maio de 1995, alterou a redação do art. 10, § 1º, da Lei

de Introdução, para estender o benefício do cônjuge ou dos filhos brasileiros a quem os represente na sucessão.

447-A. SUCESSÃO DO CÔNJUGE NO CÓDIGO CIVIL DE 2002

Em anteriores edições deste volume, e ainda na vigência do Código de 1916, sustentava-se que o direito brasileiro, em relação ao tema deste capítulo, deveria evoluir em dois sentidos: (a) fazer do cônjuge sobrevivente um herdeiro necessário, ao lado dos descendentes e ascendentes; (b) permitir-lhe concorrer com uns e outros, em propriedade. O Código Civil atual, como se verá no presente número, tornou realidade o que então se recomendava.

Historicamente, conforme ressaltado em edições precedentes, a vocação do cônjuge como herdeiro necessário já fora defendida, entre nós, por Beviláqua, no art. 1.884, do seu Projeto de Código, no ano de 1899.¹⁰⁰ Em data bem mais recente, sustentou-se que o cônjuge, a partir do Estatuto da Mulher Casada, teria assumido, *de lege lata*, aquela condição no direito brasileiro, conquanto circunscrita sua vocação legitimária ao usufruto introduzido por aquele diploma (Gustavo Tepedino, *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, cap. III, nº 5). Mas o cônjuge, como sucessor da propriedade, continuava a ser o terceiro na ordem de vocação hereditária; e, se não houvesse herdeiros das duas classes preferenciais, permitia-se ao testador excluí-lo da sucessão, mediante testamento pelo qual dispusesse da totalidade de seu patrimônio (Código de 1916, art. 1.725). O Código Civil de 2002 representa o ponto de chegada de uma lenta evolução: além de afirmar textualmente sua qualidade de herdeiro necessário (art. 1.845) – assegurando-lhe, com isso, a legítima (art. 1.846) –, pôs o cônjuge em situação destacada, no que diz respeito à ordem da vocação hereditária, permitindo-lhe ser chamado a receber *propriedade* (e não mero usufruto), em concorrência com descendentes e com ascendentes – no primeiro caso, porém, a depender do regime de bens do casal (art. 1.829, nº I).

Diferentemente do que se dava no regime anterior, em que as classes de sucessores legítimos eram sempre compostas por pessoas ligadas ao *de cuius* por vínculos jurídicos de igual espécie (parentesco *ou* casamento), o novo Código Civil de 2002 possibilita a *simultânea* vocação de herdeiros com quem o autor da herança mantinha relações de diferentes naturezas. Assim, a

primeira classe de sucessores legítimos passa a compor-se, em regra, dos *descendentes* e do *cônjuge*; e a segunda, dos *ascendentes* e do *cônjuge*. A seguir, tal como no Código revogado, a nova lei chama o viúvo ou a viúva a receber integralmente a herança, não havendo descendente ou ascendente sucessível com o qual deva concorrer (art. 1.838). Não soa despropositado, nesse contexto, aludir-se à posição do cônjuge como integrante de uma “1ª classe móvel” (Carlos Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões*, vol. II, nº 105, pág. 71).

Somente na falta do cônjuge é que serão chamados os parentes colaterais, cuja vocação será examinada no Capítulo CIII (nº 450, *infra*).

Uma sensível influência – A evolução do direito brasileiro se assemelha, em matéria de vocação do cônjuge, à do direito português. Até a reforma introduzida pelo Decreto-Lei nº 496/77, o vigente Código Civil daquele país (de 1966) situava o cônjuge na quarta classe de herdeiros legítimos, a qual se seguia à dos descendentes, à dos ascendentes e àquela composta por irmãos do *de cuius* ou respectivos descendentes: “(...) a posição jurídica do cônjuge sobrevivente estava bastante desfavorecida”, escreveu, a propósito, França Pitão (*A Posição do Cônjuge Sobrevivente no Actual Direito Sucessório Português*, pág. 19). Remotas as chances de ser chamado a herdar a propriedade dos bens hereditários, o cônjuge tinha direito ao usufruto vitalício da herança, caso esta fosse devolvida aos integrantes da *terceira* classe na ordem de vocação: era, na época, a única exceção à regra da preferência de classe (Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 195, pág. 341). A presença de descendentes ou de ascendentes sucessíveis suprimia, pois, por completo, qualquer direito sucessório do viúvo ou da viúva.

A reforma legislativa empreendida, em Portugal, na segunda metade da década de 70, pôs o cônjuge nas três primeiras classes de herdeiros legítimos, concorrendo, na primeira, com descendentes, e, na segunda, com ascendentes do *de cuius*; em falta de uns e de outros, e não havendo testamento, o cônjuge passou a herdar todo o patrimônio. Além disso, ingressou no grupo de herdeiros necessários, variando a porção indisponível da herança conforme concorra ou não com outros parentes, sendo de 2/3 no primeiro caso, e de metade no segundo (Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 205, págs. 355-356; França Pitão, *A Posição do Cônjuge Sobrevivente no Actual*

Direito Sucessório Português, págs. 34-35). Na hipótese de concorrer com descendentes do *de cuius*, tem o cônjuge direito à quota mínima de 1/4 da herança – ou, mais precisamente, da parte atribuída a título de sucessão legítima (Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 196, pág. 343) –, abrindo-se aí uma exceção à regra da partilha por cabeça entre os sucessores legítimos da primeira classe. Este, em linhas gerais, o panorama do atual direito português na matéria, em muitos pontos coincidente com o sistema entre nós instituído pelo Código Civil de 2002, fortemente influenciado por aquele.

Ressalte-se que a evolução legislativa, que acima se resumiu, foi criticada por prestigiosa doutrina. Do diploma que instituiu a reforma do direito sucessório português, em 1977, foi dito que era “marcado pela hostilidade à família de sangue” e que teria levado “para além de toda a razoabilidade a tutela sucessória do cônjuge sobrevivente”; além disso, “o esquema do usufruto legitimário era muito mais simples e correspondia melhor aos interesses práticos” (Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 11, pág. 29, e nº 196, pág. 343); escreveu-se que o Decreto-Lei nº 496/77 seria “obstinadamente apegado a uma valorização da posição sucessória do cônjuge sobrevivente, em termos realmente injustificados na sua amplitude” (Carlos Pamplona Corte-Real, *Direito da Família e das Sucessões*, vol. II, nº 252, pág. 176) e que melhor teria sido atribuir à viúva ou ao viúvo “uma posição de sucessível legitimário, mas como usufrutuário da respectiva quota”, solução “incontestavelmente mais adequada a uma justa harmonização dos interesses e valores em causa” (id., ob. cit., vol. cit., nº 104, pág. 70, nota nº 92); censurou-se a nova lei ao argumento de que “transformar um cônjuge em herdeiro forçado do outro é (...) acentuar ainda mais a comunhão patrimonial perante um casamento cada vez mais flexível e cada vez mais temporário” (Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, Almedina, 1990, pág. 602).

Deve-se ter em conta, porém, que, em nosso sistema, não se reproduzem necessariamente todos os fatores que teriam ditado semelhante postura crítica. Destaque-se, de imediato, a circunstância de que, diferentemente do que se dá entre nós a partir do vigente Código Civil, o direito sucessório lusitano não faz depender a vocação do cônjuge do regime de bens do casal:

na comunhão *universal* ou na separação *obrigatória*, o viúvo ou a viúva tem os mesmos direitos hereditários atribuídos aos que se submeteram a outro qualquer regime (França Pitão, *A Posição do Cônjuge Sobrevivente no Actual Direito Sucessório Português*, pág. 30, nota nº 31; Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, pág. 602). Se o regime de bens adotado possibilitava a meação do sobrevivente, *cumulam-se* as posições de meeiro e de herdeiro (calculada a quota hereditária sobre todo o patrimônio – ou, mais precisamente, sobre tudo quanto não foi testado). Talvez atento às críticas que, naquele país, se fizeram ao sistema instituído pelo Decreto-Lei nº 496/77, o legislador brasileiro teve a preocupação ostensiva de impedir (nem sempre com resultados perfeitos) aquela hipertrofia dos direitos sucessórios reconhecidos à viúva ou ao viúvo, quando sua meação recaia sobre todo o patrimônio ou quando, por motivos variados, não se devam comunicar os bens particulares adquiridos antes do casamento. Embora tais restrições incidam unicamente quando haja descendentes sucessíveis (estatisticamente, a maioria esmagadora dos casos) com os quais o cônjuge deva concorrer, parece ter-se atenuado o risco dos “casamentos por interesse, avivado este pela presumível morte próxima do cônjuge mais abastado”: no direito brasileiro, não bastará ao sobrevivente, em tais casos, apenas “um pouco de paciência” para se tornar herdeiro (Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, pág. 602).

Como o cônjuge, entre nós, nem sempre será herdeiro, também se amenizou o risco de que “os bens mudem de linhagem” (Diogo Leite de Campos, *Lições...*, loc. cit.). No regime supletivo (o da comunhão parcial: art. 1.640), isso apenas poderá ocorrer se o de cuius tivesse bens particulares, situação na qual o cônjuge é chamado a suceder em concorrência com os descendentes.

Requisitos à vocação sucessória do cônjuge sobrevivente – De acordo com o art. 1.830 do Código Civil de 2002, o chamamento do cônjuge está condicionado a que, na data do óbito, não estivesse separado judicialmente do de cuius, nem deste separado de fato há mais de dois anos, “salvo prova, neste caso, de que essa convivência se tornara impossível sem culpa do sobrevivente”.

Separados judicialmente, por sentença transitada em julgado,¹⁰¹ os

cônjuges não têm vocação hereditária, um em relação ao outro. Pouco importa o fundamento da separação, se resultante de processo litigioso (Código Civil, arts. 1.572 e 1.573) ou de mútuo consentimento (art. 1.574).

Como no direito anterior (nº 446 *supra*), é irrelevante, em matéria sucessória, a reconciliação de fato dos cônjuges já separados judicialmente; mas, restabelecida a sociedade conjugal, a qualquer tempo, “*por ato regular em juízo*” (art. 1.577), poderá o sobrevivente suceder o *de cuius*.

Se o casamento for declarado *nulo*, ou se vier a ser *anulado*, será chamado a suceder o cônjuge sobrevivente, *se de boa-fé*, desde que a sucessão se abra antes da sentença anulatória (Código Civil, art. 1.561 e § 1º).

Com o diploma de 2002, passa a ter relevância a separação meramente *de fato* do casal – relevância anteriormente negada nestas *Instituições* (v. nº 446, *supra*), em comentário válido, todavia, para as sucessões abertas antes da vigência do Código atual, porquanto os requisitos à vocação se apuram segundo a lei vigente no momento da morte. Sendo superior a dois anos, na data da abertura da sucessão, a separação de fato afasta a vocação do cônjuge, beneficiando, conforme o caso, os descendentes, os ascendentes ou os parentes colaterais. Tal separação pode resultar de determinação judicial, quando for decretada como tutela provisória (Código Civil, art. 1.562; novo Código de Processo Civil, art. 695), desde que a abertura da sucessão haja ocorrido mais de um biênio após sua execução (e, obviamente, desde que, nesse interregno, não tenha sido decretada a separação judicial, o divórcio direto ou a anulação do casamento, nem tenha sido declarada a nulidade deste).

Se, no entanto, a convivência cessara sem culpa do sobrevivente, será ele chamado a suceder o *de cuius*. O ônus da prova das circunstâncias em que se iniciou a separação de fato recai sobre o cônjuge que reivindique para si a qualidade de sucessor.¹⁰²

A relevância do regime de bens do casal, na sucessão a que concorrem descendentes do de cuius e seu cônjuge (Código Civil de 2002, art. 1.829, nº I) – De acordo com as novas regras sobre sucessão legítima, o cônjuge sobrevivente não mais é excluído pela presença de descendentes ou de ascendentes sucessíveis, como se dava na lei anterior (nº 446, *supra*): ao contrário, passa a concorrer com uns e outros, fazendo-se presente, desde

logo, nas duas primeiras classes de herdeiros, e com direito, em cada caso, a uma determinada fração, variável segundo as circunstâncias que o novo diploma descreve (arts. 1.829, nº I, 1.832 e 1.837).

Em três hipóteses, todavia, a lei deixa de reconhecer vocação ao cônjuge, atribuindo a herança, em sua totalidade, aos descendentes:

(a) se o regime de bens do casal era o da comunhão *universal* (Código Civil, arts. 1.667 a 1.671);

(b) se o regime de bens era o da *separação obrigatória* (Código Civil, art. 1.641);¹⁰³

(c) por fim, se o regime de bens era o da *comunhão parcial*, sem que o falecido tenha deixado bens *particulares*.

A exclusão de direito sucessório do cônjuge não se inspira, nos três casos, em motivos idênticos. No primeiro deles, cabendo ao cônjuge sua meação sobre o patrimônio comum, a lei presume não haver necessidade de recebimento de uma quota na herança; no segundo, como a própria lei impõe o regime da separação, não faria sentido permitir ao cônjuge eventualmente receber, a título de herança, os mesmos bens que não podiam comunicar-se no momento da constituição do vínculo matrimonial; no último, a ausência de patrimônio particular do *de cuius* importa em serem comuns *todos* os seus bens: por uma circunstância fática, essa última situação se equipara à primeira (de comunhão universal) e, portanto, deve merecer igual tratamento.

Diante de tais exceções à regra da concorrência entre descendentes e cônjuge, ao último caberá participar da sucessão em três hipóteses:¹⁰⁴

(a) se o regime de bens do casal era o da separação *convencional*, isto é, aquele livremente adotado pelos cônjuges mediante pacto antenupcial *válido* (Código Civil, art. 1.687);

(b) se o regime de bens era o da comunhão *parcial*, e o *de cuius* tinha bens particulares (caso em que o cônjuge será, ao mesmo tempo, herdeiro e meeiro, incidindo a meação, obviamente, apenas sobre o patrimônio *comum*);¹⁰⁵

(c) se o regime de bens era o da participação final nos aquestos (Código Civil, art. 1.672). Também aqui haverá herança e meação (art. 1.685).

No tocante à vocação do cônjuge, em concorrência com os descendentes,

no caso de o regime ser o da participação final nos aquestos, a solução deveria ter sido diversa, considerando que, se não houver bens entre os indicados nos três incisos do art. 1.674, sobre todos os demais (pertencentes, em vida, unicamente ao *de cuius*) será calculada a metade do sobrevivente: a situação se equipara, na prática, às descritas na primeira (comunhão universal) e na terceira (comunhão parcial, sem bens particulares) hipóteses do inciso I do art. 1.829 e, portanto, deveria ter recebido idêntico tratamento. *De lege lata*, porém, parece inadmissível, nesta hipótese, excluir a vocação do cônjuge, pois a tanto corresponderia dar interpretação extensiva à norma que enumera exceções.¹⁰⁶

Quando o cônjuge concorrer com *ascendentes*, será irrelevante o regime de bens (art. 1.829, nº II). O mesmo se diga na hipótese em que seja ele herdeiro único.¹⁰⁷

Partilha – A participação do cônjuge na herança, em cada uma das hipóteses em que concorra com descendentes (comuns e não comuns) ou com ascendentes, constitui objeto de exame no Capítulo CI (nº 445-A, subtítulos “*Descendentes e cônjuge*” e “*Ascendentes e cônjuge*”), ao qual remetemos o leitor.

Direito de habitação – A nova lei previu, ainda, com maior extensão, o direito real de habitação sobre o imóvel residencial familiar (art. 1.831): este continua sujeito a uma das condições do direito anterior (“desde que seja o único daquela natureza a inventariar”), mas passa a ser reconhecido em favor do cônjuge “qualquer que seja o regime de bens” (e não somente no de comunhão universal). Diferentemente do Código de 1916, o atual não reproduziu a cláusula restritiva “enquanto viver e permanecer viúvo”, daí se extraíndo que a cessação do estado de viuvez (ou a constituição de união estável) não mais extingue aquele direito (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.831).

Como no direito anterior (nº 447, *supra*), trata-se de legado *ex lege*.

O art. 1.831 padece dos mesmos defeitos da disposição que lhe serviu de modelo. O primeiro, de ordem técnica, desfigurando a noção de direito de habitação, que é, por natureza, ius in re aliena, não se compadecendo com sua incidência sobre bem já pertencente, em comunhão, ao próprio sujeito da relação jurídico-real. O segundo, de natureza social, por não atender aos

interesses dos descendentes (normalmente os filhos), no momento em que venham a se estabelecer com economia própria. A terceira falha está em não estabelecer a cessação do direito real de habitação, automaticamente, na hipótese de adquirir o beneficiado outro imóvel de natureza residencial.

Uma já relativamente longa experiência na aplicação da Lei nº 4.121, de 1962, de que se originou o preceito, aconselharia ao novo diploma emendar-lhe as inconveniências. Preferiu, entretanto, copiá-lo (quase) servilmente a imprimir-lhe redação mais útil.

Interpretando o art. 1.611, § 2º, do Código Civil de 1916, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que: (a) o titular do direito real de habitação pode valer-se dos interditos possessórios, inclusive contra algum compossuidor (REsp. nº 616.027-SC); (b) a constituição desse direito independe de registro (REsp's. nºs 74.729, Lex STJ 107/128, e 565.820-PR); (c) o titular do direito real de habitação pode opor-se ao pedido de extinção de condomínio, formulado por coerdeiro (REsp's nºs 107.273-PR e 234.276-RJ). Todos esses entendimentos continuam válidos à luz do vigente Código Civil.

448. UNIÃO ESTÁVEL: SUCESSÃO ENTRE COMPANHEIROS

O julgamento do RE nº 878.694-MG – Em sessão de 31 de agosto de 2016, o Pleno do Supremo Tribunal Federal iniciou o julgamento do RE nº 878.694-MG, no qual se discute a constitucionalidade do art. 1.790 do Código Civil de 2002. No momento em que se redige esta observação (novembro de 2016), o julgamento ainda não foi concluído, em virtude de pedido de vista. Todavia, já foram proferidos sete votos, favoráveis à declaração de *inconstitucionalidade* do dispositivo. Mantidos que sejam tais votos, prevalecerá o entendimento segundo o qual a sucessão do companheiro obedece às normas do art. 1.829 do Código Civil, anteriormente expostas (*supra*, nº 447-A). É provável, no entanto, que a Corte, valendo-se do art. 27 da Lei nº 9.868, de 10 de novembro de 1999, defina uma data a partir da qual terá eficácia aquela declaração de inconstitucionalidade, tendo em vista as partilhas já realizadas à luz do art. 1.790. Por tais motivos, preserva-se, nesta edição, a explicação acerca do conteúdo desse dispositivo legal.

A questão terminológica – Nas edições anteriores à entrada em vigor do

Código Civil de 2002, abria-se, neste ponto das *Instituições de Direito Civil*, um parágrafo intitulado “*Proteção à concubina*”. Com a reforma da legislação civil, já não mais soa adequado aquele título, se considerarmos que o recente diploma traçou clara linha divisória entre as figuras da *união estável* – entendida como aquela “*entre o homem e a mulher, configurada na convivência pública, contínua e duradoura e estabelecida com o objetivo de constituição de família*” (art. 1.723)¹⁰⁸ – e do *concubinato*, este último a traduzir “*relações não eventuais entre o homem e a mulher, impedidos de casar*” (art. 1.727). Cuidando aqui do fenômeno sucessório, e com o propósito de harmonizar o texto da obra com o sistema do Código Civil de 2002 e com a terminologia por ele adotada, pareceu-nos oportuno rebatizar o parágrafo, dando-lhe título condizente com o assunto de que nos ocuparemos a seguir, com isso evitando expressão cujo significado é hoje mais restrito, e que agora deve ser reservada à hipótese do art. 1.727.

À *concubina*, como também (acrescentemos) ao *concubino*, falta, segundo a lei nova, vocação hereditária, no terreno da sucessão legítima; e, no da testamentária, cumpre distinguir:

(a) em princípio, não se reconhece à concubina ou ao concubino do *de cuius* legitimação para suceder o testador *casado*, ressalvada apenas a hipótese em que o último, sem culpa sua, esteja separado de fato do cônjuge por período superior a cinco anos (art. 1.801, nº III);

(b) em se tratando, porém, de testador desimpedido (solteiro, divorciado ou viúvo), a concubina ou o concubino pode ser instituído herdeiro ou legatário, por manifestação de última vontade. Ambos têm, pois, *legitimação para suceder por testamento*, segundo a nomenclatura agora adotada (cf. art. 1.802).

Observe-se, porém, que o homem e a mulher impedidos de casar podem, em determinadas circunstâncias, e não obstante aquele impedimento, constituir *união estável* (Código Civil, art. 1.723, § 1º, parte final), caso em que, na condição de companheiros, têm vocação hereditária, o primeiro em relação à segunda, e vice-versa.

Antes do Código Civil de 2002 – Numa visão retrospectiva, é possível afirmar que o direito brasileiro, antes mesmo do advento do vigente Código Civil, já reconhecia em favor dos *companheiros* certos direitos sucessórios.

Embora com terminologia vacilante – aludia-se ora a “*companheiros*”, ora a “*conviventes*” –, as duas leis que, na década de 90 do século passado, se ocuparam do tema reconheciam a quem vivesse em união estável com o *de cuius* uma participação no acervo hereditário, em concorrência com herdeiros de classes preferenciais (descendentes e ascendentes); e, na ausência destes, possibilitavam o chamamento do companheiro a receber a herança em sua integralidade, preferindo aos parentes colaterais do finado.

Sem retornar à *vexata quaestio* em torno da revogação da mais antiga pela mais recente – acerca da qual o autor destas *Instituições* se pronuncia em seu volume V (Anexo A, nº 3) –, as Leis nºs 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996, conferiam ao companheiro os seguintes direitos sucessórios:

(a) *usufruto* sobre porção variável do acervo hereditário: concorrendo com descendentes (e não apenas com “*filhos*”, como, por equívoco evidente, constava do texto legal), aquele direito incidia sobre *um quarto*; concorrendo com ascendentes, sobre *metade* (Lei nº 8.971/94, art. 2º, nºs I e II);

(b) na falta de descendentes e ascendentes, cabia ao companheiro a totalidade da herança (Lei nº 8.971/94, art. 2º, nº III), caso em que ele a recebia como seu *proprietário*;

(c) direito real de *habitação* sobre o imóvel destinado à residência familiar, sujeito, porém, à resolução em virtude de nova união estável ou de casamento de seu titular (Lei nº 9.278/96, art. 7º, parágrafo único).

Como se percebe claramente, tais direitos sucessórios foram concebidos a partir da observação do que a lei deferia ao cônjuge e com o óbvio intuito de equiparar, tanto quanto possível, as duas situações. Não escapou, todavia, aos intérpretes das duas leis a observação de que, admitida a sobrevivência parcial da mais antiga após a entrada em vigor da mais recente, a coexistência de todos aqueles direitos sucessórios acabava por situar o companheiro em posição mais favorecida que a do próprio cônjuge, a quem (ao menos literalmente) não se permitiria jamais cumular o *usufruto viual* (Código de 1916, art. 1.611, § 1º) com o *direito real de habitação* (art. 1.611, § 2º): para o primeiro, constituía requisito o fato de o regime de bens *não* ser o da comunhão *universal*; para o segundo, exigia-se, ao contrário, que o regime *fosse precisamente aquele*. Procurou-se, então, corrigir semelhante resultado

(de favorecimento ao companheiro) mediante raciocínio segundo o qual, diante da precedência, na Constituição, do casamento sobre a união estável, as vantagens asseguradas ao companheiro deveriam ser estendidas ao cônjuge: assim, *independentemente do regime de bens*, o cônjuge sobrevivente faria jus ao direito real de habitação¹⁰⁹ (cf. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *O Companheirismo: Uma Espécie de Família*, págs. 452-453 e nota nº 226; Rodrigo da Cunha Pereira, *Concubinato e União Estável*, nº 7.3, pág. 110 e nota nº 1; Ana Luiza Maia Nevares, *A Tutela Sucessória...*, pág. 125 e nota nº 230).

Apreciando questão controvertida, e adotando orientação diversa daquela defendida pelo autor destas *Instituições* (cf., no vol. V, Anexo A, nº 4), a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em julgamento de 20 de agosto de 2001, entendeu que a Lei nº 8.971/94 não incluía o companheiro entre os herdeiros necessários e que, por conseguinte, era lícito ao testador excluí-lo de sua herança, mediante testamento no qual dispusesse de todo o seu patrimônio (REsp. nº 191.393-SP, *Revista de Direito Renovar*, 22/249).

Era este, portanto, o panorama do direito brasileiro, na matéria aqui versada, quando da entrada em vigor do atual Código Civil. Repetindo a advertência em tantos passos formulada neste volume, a vocação sucessória do companheiro, como a de qualquer sucessor *causa mortis*, é definida de acordo com a lei *vigente ao tempo da abertura da sucessão* (Código Civil de 1916, art. 1.572; Código Civil de 2002, arts. 1.787 e 2.041); em consequência, seus direitos sucessórios serão os que resultarem da incidência dos diplomas da década de 1990, sempre que o óbito houver ocorrido na vigência de qualquer deles.¹¹⁰ Para as sucessões abertas antes da Lei nº 8.971/94, não há que cogitar de direito sucessório do companheiro (ao menos, na sucessão legítima), conforme acentuado em edições anteriores deste volume VI das *Instituições* e em sede doutrinária (Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *O Companheirismo*, cit., págs. 421-422 e 424; Sylvio Capanema de Souza, “A sucessão do companheiro: questões controvertidas”, pág. 26.).¹¹¹

Sistema do Código Civil de 2002: visão panorâmica – Toda a matéria pertinente à vocação hereditária do companheiro (usada a expressão, repita-se, no mesmo sentido com que aparece no Livro “Do Direito de Família”) se acha regulada no art. 1.790, em que o legislador cuidou de quatro hipóteses

distintas, três das quais de concorrência com parentes do *de cuius*: com descendentes, *comuns* (nº I) ou *não comuns* (nº II), ou com “*outros parentes sucessíveis*” (nº III); na hipótese remanescente, “*não havendo parentes sucessíveis*”, diz a lei que o companheiro “*terá direito à totalidade da herança*” (nº IV).

Chama atenção do intérprete, desde logo, a inadequada inserção do dispositivo em Capítulo dedicado às “Disposições Gerais” do Título I (“Da Sucessão em Geral”), e não, como teria sido próprio, naquele pertinente à ordem de vocação hereditária, no Título II (“Da Sucessão Legítima”), em ostensivo prejuízo à sistematização das regras sobre o assunto. É evidente que o companheiro não poderia ter deixado de figurar, a rigor, na lista dos herdeiros legítimos (art. 1.829), conforme, aliás, sublinhado em monografias específicas (Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *O Companheirismo*, cit., pág. 463), assim como em trabalhos exegéticos sobre o Código de 2002 (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.790, págs. 53-54) e em artigos de menor extensão (Sylvio Capanema de Souza, “A sucessão do companheiro: questões controvertidas”, pág. 21). Não é este, contudo, o maior dos pecados em que, na matéria, incorre o Código Civil de 2002.

Analogamente ao que se deu com a vocação sucessória do cônjuge (nº 447-A, *supra*), também a do companheiro evoluiu no sentido de conferir-lhe *propriedade* sobre os bens transmitidos, e não apenas direitos reais limitados (usufruto e habitação) que lhe eram reconhecidos pela legislação precedente (Leis nºs 8.971, de 29 de dezembro de 1994, e 9.278, de 10 de maio de 1996). Em compensação, o Código Civil de 2002, contrariando o sistema que resultava da primeira daquelas duas leis, situou o companheiro em posição *pior* na ordem da vocação hereditária: na ausência de descendentes e de ascendentes, e a partir da vigência do novo diploma, o companheiro passou a ser chamado em concorrência com “*outros parentes sucessíveis*”, e não mais na qualidade de herdeiro único (Lei nº 8.971/94, art. 2º, nº III). No sistema agora em vigor, apenas quando o *de cuius* não tinha *parente sucessível algum* é que se atribuirá ao companheiro a herança em sua integralidade. Identifica-se, no ponto, injustificável retrocesso (de duvidosa constitucionalidade).

Outra restrição agora imposta à vocação do companheiro consiste em

limitá-la “aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” (art. 1.790, *caput*). A Lei nº 8.971/94 não circunscrevia o direito sucessório do companheiro apenas a bens com tais características. Em dispositivo que *não* cuidava de sucessão, aquele diploma reconhecia ao companheiro direito à metade dos bens, quando estes resultassem de atividade em que houvesse sua colaboração: mas o que ali se instituía era um condomínio entre os companheiros, cuja dissolução, por morte de um deles, haveria de ensejar ao outro (como nos casamentos de que resulta comunhão patrimonial) o reconhecimento de sua *meação*, a qual “pertence ao sobrevivente não em virtude do falecimento do ex-consorte, mas sim por direito de propriedade mantido em comunhão durante a constância do companheirismo” (Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *O Companheirismo*, cit., pág. 438 e nota nº 207). Os bens *hereditariamente transmissíveis*, quer aqueles correspondentes à meação do autor da herança no patrimônio comum, *quer os de sua propriedade exclusiva*, devolviam-se aos herdeiros, segundo a ordem de vocação estabelecida naquele diploma, de tal modo que, faltando descendentes e ascendentes sucessíveis, o companheiro poderia ser chamado a suceder o *de cuius* em bens não integrantes da anterior comunhão, desfeita pelo óbito; e mesmo naquelas hipóteses nas quais se atribuía ao companheiro mero usufruto sobre a herança, o patrimônio sobre o qual incidia esse direito real limitado não estava circunscrito “aos bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. No particular, portanto, outro retrocesso: basta considerar a situação dos companheiros que não chegaram a formar patrimônio comum e que, por conseguinte, estariam (à luz do *caput* do art. 1.790) reciprocamente excluídos da sucessão. Em casos tais, a lei acabaria frustrando o objetivo de amparar o companheiro sobrevivente, que não somente não faria jus à meação, como ainda não seria chamado a suceder o *de cuius*.¹¹²

Exatamente para evitar semelhante resultado é que (ao ver do atualizador deste volume) se deve interpretar a expressão “*herança*”, constante dos nºs III e IV do art. 1.790, em seu sentido próprio, mais abrangente do que “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” (*caput*). No rigor da boa técnica, o conteúdo do *caput* deveria ser comum a todas as hipóteses em que o dispositivo a seguir se desdobra; no caso específico, porém, se a

“*herança*” de que tratam os nºs III e IV se limitar aos bens *comuns* (conforme sugere o *caput*), chegaríamos a situações de extrema iniquidade, como a do *de cuius* que, sem parentes sucessíveis e sem haver feito testamento, houvesse vivido, em união estável, durante longos anos, no curso dos quais não chegou a adquirir bens que se tivessem comunicado ao companheiro. Não parece razoável, em tais circunstâncias, ter por vacante a herança, destinando-a ao ente estatal, quando, entre duas possíveis interpretações de dispositivo acerca da sucessão legítima, há de se dar preferência àquela que maior proteção confira à *família* (em especial, aos familiares *mais próximos*, como é o caso).

A aparente incongruência entre o *caput* e os dois últimos incisos do art. 1.790 (na redação atual do Código Civil de 2002) se resolveria, assim, pelo entendimento de que, nas hipóteses de concorrência com descendentes, comuns ou não, a participação do companheiro na herança do *de cuius* está efetivamente restrita aos bens mencionados no *caput*, ao passo que, quando deva concorrer com “*outros parentes sucessíveis*”, a fração seria calculada sobre a *totalidade* da herança.¹¹³

Registre-se, todavia, a opinião manifestada pela Professora Tânia da Silva Pereira, no vol. V destas *Instituições* (Anexo A, nº 4), para quem, na hipótese do nº III do art. 1.790, a base de cálculo da fração atribuída ao companheiro corresponderia aos “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável”, enquanto, na do nº IV, a todo o patrimônio.¹¹⁴ O atualizador deste vol. VI permite-se, porém, emitir opinião em parte diversa, parecendo-lhe incoerente dar sentidos diversos à expressão *herança*, presente em dois incisos de um único artigo. Então, uma de duas: (a) ou se interpreta a expressão subordinando-a ao *caput* (caso em que, em qualquer hipótese, o direito sucessório do companheiro incidiria sempre e apenas sobre os bens ali mencionados,¹¹⁵ com a indesejável consequência antes apontada); (b) ou se entende que a limitação do *caput* se aplica apenas aos casos de concorrência com descendentes, comuns (nº I) ou não comuns (nº II), mas não às demais, onde a palavra “*herança*” deve ser tomada em seu sentido próprio. As razões alinhadas nos parágrafos precedentes parecem suficientes para a adoção da segunda exegese.

Deve-se ressaltar, antes da análise das várias normas contidas no art. 1.790, que, apesar do silêncio da lei, a vocação do companheiro está

condicionada a que a união estável seja *atual*, isto é, tenha perdurado até a abertura da sucessão (Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *O Companheirismo*, cit., pág. 437 e nota nº 206). Será irrelevante, todavia, o fato de os companheiros se acharem separados por motivos estranhos à vontade de ambos, como no caso (na prática, não de todo raro) em que parentes do *de cuius* o tenham removido de sua residência habitual, aproveitando-se de moléstia grave (ou de outra situação que o fragilize) e com o malicioso propósito de descaracterizar a união estável.

Código Civil de 2002: exame dos dispositivos concernentes à vocação hereditária do companheiro – Passemos, então, ao exame das hipóteses, descritas no art. 1.790 do Código Civil atual, nas quais o companheiro é chamado a suceder o *de cuius*.¹¹⁶

(I) *Concorrência com descendentes* – Nos dois primeiros incisos, ocupa-se a lei de definir os direitos do companheiro quando concorra com descendentes do autor da herança, quer sejam eles comuns (nº I) ou unicamente do *de cuius* (nº II).

Ao descrever a primeira hipótese, fala-se em concorrência “*com filhos comuns*”, devendo-se entender, porém, que a referência correta é a *descendentes comuns*.¹¹⁷ A semelhante conclusão se chega não somente pela oposição nítida que se pretendeu estabelecer entre os dois primeiros incisos – o segundo dos quais alude, de modo adequado, a *descendentes* não comuns –, como também pelo fato de que, se assim não for, os descendentes comuns mais remotos (netos, bisnetos etc.) acabariam por enquadrar-se entre aqueles “*outros parentes sucessíveis*” de que fala o nº III do art. 1.790, com isso produzindo resultados absurdos: basta imaginar que o cônjuge, se concorrer com muitos netos comuns (quatro ou mais), terá direito a 1/4 da herança (art. 1.832), enquanto o companheiro, na mesma situação, receberia a fração (*maior*) de 1/3 – a lei teria, em iguais circunstâncias, conferido ao companheiro mais direitos que ao cônjuge.

Se a expressão “*filhos comuns*”, como aqui sustentado, deve ser lida como *descendentes comuns*, isso quer dizer que, concorrendo à herança estes e o companheiro do *de cuius*, a partilha se fará *por cabeça*, aquinhoando-se igualmente *todos os sucessores chamados por direito próprio* (v. nº 440-A, *supra*), tal como se passa na sucessão simultaneamente aberta em favor do

cônjuge e de descendentes comuns (art. 1.832), mas dela distinguindo-se em que o *Código de 2002 em nenhum caso reservou quota mínima ao companheiro* (nº 445-A, *supra*).

Na segunda hipótese do art. 1.790, concorrem “*descendentes só do autor da herança*” e o companheiro, dizendo a lei que ao último tocará “*a metade do que couber a cada um daqueles*”. A redação é defeituosa, pois nem todos os descendentes chamados terão, forçosamente, direito a frações *idênticas*: o legislador, pela redação dada ao dispositivo, parece ter partido da premissa oposta (e equivocada). É perfeitamente possível que, ao lado do companheiro, concorram, por exemplo, *filhos e netos* do autor da herança, quando os últimos sejam convocados por direito de representação e, conseqüentemente, dividam a quota do filho premorto (Código Civil, arts. 1.835 e 1.855). A “*metade*”, a que se refere o texto legal, deve ser, pois, calculada sobre a fração que couber aos descendentes chamados *por direito próprio*: havendo a simultânea vocação de filhos e netos do *de cuius*, que não sejam descendentes também do companheiro, a parte deste deverá corresponder à metade do que tocar singularmente a cada filho e à(s) estirpe(s) do(s) filho(s) premorto(s).

O Código em vigor, estranhamente, deixa de fornecer explícita solução para a hipótese em que o companheiro seja chamado a suceder, ao mesmo tempo, com descendentes *comuns* (por exemplo, filhos *do casal*) e com descendentes *não comuns* – incorrendo, também aqui, na omissão antes detectada no tocante à disciplina da sucessão do cônjuge (v. nº 445-A, *supra*, subtítulo “*Descendentes e cônjuge*”). Como os filhos do *de cuius* – quer aqueles provenientes da união estável entre ele e o companheiro sobrevivente, quer os de outra qualquer origem – têm os mesmos direitos sucessórios (Constituição Federal, art. 227, § 6º), seria logicamente inadmissível cogitar de solução por meio da qual os critérios dos incisos I e II fossem, ambos, aplicados simultaneamente: o companheiro não poderia receber quota *idêntica* à dos filhos comuns, a qual também correspondesse à *metade* daquela atribuída aos não comuns – as frações dos primeiros e dos últimos devem ser forçosamente *iguais*. A observação dos atuais contornos da família brasileira, aliada a alguma experiência profissional – na magistratura, na advocacia ou em qualquer outra atividade relacionada com as questões de que ora cuidamos –, revela que a hipótese ora em foco não chega a constituir raridade; dela,

portanto, o legislador deveria ter cogitado expressamente, até para evitar indesejável dissídio pretoriano.

Inclinamo-nos por adotar a solução *mais favorável ao companheiro*, que é a do nº I do art. 1.790;¹¹⁸ partilha *por cabeça, em igualdade de condições para todos os coerdeiros* (ou, mais precisamente, *para todos aqueles chamados por direito próprio*), levando em conta a circunstância de o Código de 2002 não ter reservado, em benefício daquele, a quota mínima deferida ao cônjuge, na hipótese de descendência comum (art. 1.832, parte final). Como antes anotado (nº 445-A, *supra*, subtítulo “*Descendentes e companheiro*”), se for muito elevado o número de descendentes, a participação do companheiro na herança poderá tornar-se excessivamente diminuta, até pelo fato de a fração, que vier a ser-lhe atribuída, incidir apenas sobre os “bens adquiridos onerosamente na vigência da união estável” (art. 1.790, *caput*), e não sobre toda a herança. É verdade que a solução aqui preconizada agrava a possibilidade de os bens, antes integrantes do patrimônio do *de cuius*, virem a *mudar de linhagem*: o que foi transmitido hereditariamente ao companheiro sobrevivente se destinará, por ocasião de seu óbito, aos *seus* herdeiros (inclusive, a seu eventual *novo* companheiro ou a seu cônjuge), e não mais aos do autor da primeira herança – raciocínio que poderia conduzir à preferência pelo critério do nº II do art. 1.790, que favorece a perpetuação dos bens dentro da mesma linhagem, pela maior concentração da herança nos descendentes. Pondere-se, todavia, que num sistema, como o da atual lei brasileira, em que cônjuge e companheiro ordinariamente concorrem com parentes do *de cuius*, aquela consequência será, em muitos casos, inevitável – como, aliás, observado (às vezes, em tom crítico), por autores portugueses, quando examinam o atual sistema sucessório de seu país, em muitos pontos semelhante ao nosso (Diogo Leite de Campos, *Lições de Direito da Família e das Sucessões*, págs. 601-602; José António de França Pitão, *A Posição do Cônjuge Sobrevivo no Actual Direito Sucessório Português*, pág. 36).

(II) *Concorrência com outros parentes sucessíveis*¹¹⁹ – A terceira hipótese descrita no art. 1.790 é aquela em que concorrem “*outros parentes sucessíveis*” e o companheiro, reservando-se a este a fração de 1/3. Os demais 2/3 serão divididos:

(a) *por linhas*, se os parentes chamados forem *ascendentes* (v. nº 445-A,

subtítulo “*Ascendentes e companheiro*”);

(b) *por cabeça* ou *por estirpe*, conforme o caso, se os parentes chamados forem colaterais do *de cuius*, podendo haver direito de representação na hipótese do art. 1.840.

Conquanto não o diga o art. 1.790, nº III, deve-se entender que a convocação desses “*outros parentes sucessíveis*”, em concorrência com o companheiro, obedece à ordem do art. 1.829, sendo inconcebível o chamamento simultâneo de ascendentes e colaterais.¹²⁰

(III) *O companheiro na qualidade de herdeiro único* – Se, por fim, não houver parentes sucessíveis, o companheiro “*terá direito à totalidade da herança*” (art. 1.790, nº IV). Por “*totalidade da herança*” deve-se entender a *porção não testada*: o art. 1.790 (como as demais normas sobre sucessão legítima) faz abstração do exercício da liberdade de testar. Havendo testamento, o que nele não estiver compreendido tocará ao companheiro (art. 1.788).

Direito de acrescer – Em qualquer das hipóteses em que deva concorrer com parentes do falecido, o companheiro fará jus ao *direito de acrescer* (art. 1.810), se qualquer deles renunciar (v. nº 445-A, subtítulo “*Direito de acrescer à quota do herdeiro (descendente ou ascendente) renunciante*”). Não há como deixar de reconhecer a existência de “*classes*” no art. 1.790, compostas, nos dois primeiros incisos, por descendentes e companheiro, e, no terceiro, pelos demais parentes sucessíveis e companheiro.

Proposta de reforma – O Projeto de Lei nº 6.960, de 2002 pretendia alterar radicalmente o art. 1.790. Em fase avançada da revisão deste volume para a 15ª edição, o Projeto foi arquivado, por questões regimentais. Seu relator, Deputado Ricardo Fiúza, no começo do ano de 2003, apresentou novo Projeto, que engloba as reformas sugeridas no anterior, além de abranger outras. A tendência é a de reforma do direito sucessório do companheiro, nos seguintes termos propostos:

(a) se concorrer com descendentes, o companheiro terá direito à metade do que couber a cada um deles (redação, como se percebe, também defeituosa, por não contemplar a hipótese de serem diferentes as frações dos descendentes, em virtude do simultâneo chamamento de parentes de *graus distintos* e da consequente partilha *por estirpes*); por exceção, o companheiro

não concorrerá com os descendentes (quer os comuns, quer os não comuns: o Projeto não discrimina) “*se tiver havido comunhão de bens durante a união estável e o autor da herança não houver deixado bens particulares, ou se o casamento dos companheiros se tivesse ocorrido, observada a situação existente no começo da convivência, fosse pelo regime da separação obrigatória*”. A vocação dos descendentes, portanto, afastará a do companheiro em qualquer das duas últimas hipóteses: na primeira, o companheiro ainda terá direito à meação; na segunda, receberá apenas o que lhe for deixado em (eventual) testamento, dentro da metade disponível;

(b) se concorrer com ascendentes, sua quota equivalerá à metade do que tocar a cada um deles (tampouco aqui se levou em conta a possibilidade de serem diferentes as frações, por força da adoção da partilha *por linhas*: nº 445-A, subtítulo “*Ascendentes e cônjuge*”);

(c) em falta de descendentes e ascendentes, terá direito à totalidade da herança.

O Projeto ainda acrescentava um parágrafo único ao art. 1.790, para restaurar, em favor do companheiro, o *direito real de habitação* anteriormente previsto na Lei nº 9.278, de 10 de maio de 1996 (art. 7º, parágrafo único), mas que o Código Civil de 2002, na redação atual, deixou de contemplar. Semelhante direito será deferido ao companheiro “*sem prejuízo da participação que lhe caiba na herança*”, isto é, concomitantemente ao recebimento de uma porção do acervo hereditário, se concorrer com parentes do *de cuius*. Por óbvio, quando lhe tocar toda a herança, ou quando a partilha se fizer de modo a que o imóvel integre seu quinhão, a título de *propriedade*, não se formará aquele direito real limitado, “dada a impossibilidade de constituí-lo *na coisa própria*” (Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 56). Em confronto com o modelo da Lei nº 9.278/96, o texto proposto acrescentava ainda nova cláusula, segundo a qual a atribuição daquele direito ao companheiro fica condicionada a que o imóvel residencial da família “*seja o único daquela natureza a inventariar*” – cláusula que a doutrina já reputava “*implícita*” no dispositivo correspondente da Lei nº 9.278/96, sob o argumento de que, em matéria de sucessão *do cônjuge*, vigorava a restrição (Código de 1916, art. 1.611, § 2º), e, portanto, a interpretação literal da norma colocaria o companheiro em situação mais vantajosa que a do viúvo ou viúva (Guilherme

Calmon Nogueira da Gama, *O Companheirismo*, cit., págs. 453-454 e nota nº 228).

A inserção de regra expressa, no corpo do Código Civil de 2002, sobre o direito real de habitação deferido ao companheiro teria o mérito de obviar discussões intermináveis acerca da sobrevivência da Lei nº 9.278/96 (ou, mais precisamente, de seu art. 7º, parágrafo único) ao atual diploma.

De lege lata, quer parecer ao atualizador deste volume que a matéria atinente à união estável foi *integralmente* versada no Código Civil de 2002, nos seus múltiplos aspectos (regime de bens, direitos e deveres recíprocos, alimentos e sucessão), tendo ocorrido, por isso, revogação *total* da Lei nº 9.278/96 (cf. Lei de Introdução, art. 2º, § 1º, *in fine*).¹²¹

448-A. SEPARAÇÃO DE FATO DOS CÔNJUGES E POSTERIOR UNIÃO ESTÁVEL DE UM DELES: EXAME DA QUESTÃO

A redação do art. 1.830 do vigente Código Civil suscita o seguinte problema: podem ser *simultaneamente* chamados à sucessão o cônjuge, de quem o *de cuius* estava apenas separado *de fato*, e o companheiro de subsequente união estável?

Recorde-se, de início, que a constituição da união estável não fica afastada pela circunstância de ser(em) casado(s) um dos (ambos os) conviventes, desde que se ache(m) separado(s) de fato ou judicialmente (art. 1.723, § 1º).¹²²

A dúvida se justifica em razão da parte final do art. 1.830: se o cônjuge mantém seus direitos sucessórios, mesmo separado de fato há mais de dois anos, desde que faça a prova de que a convivência se tornara impossível *sem culpa sua*, não se pode excluir, *a priori*, que, durante o tempo de separação de fato, tenha o *de cuius* constituído relação, ininterrupta até o óbito, com as características mencionadas no art. 1.723. Então, *quid iuris*?

Os autores nem sempre enfrentam a questão, mesmo quando a identificam (cf. Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 7.7.2.2, pág. 147). Entre os que propuseram soluções, José Luiz Gavião de Almeida sugere que o cônjuge, na hipótese, seja tratado como um dos “parentes sucessíveis” a que se refere o art. 1.790, nº III, dividindo-se a herança,

desigualmente, entre ele e o companheiro (tocariam 2/3 ao primeiro e 1/3 ao último).¹²³

Embora a solução proposta tenha o indiscutível mérito de buscar apoio no texto legal, procurando compatibilizar dispositivos à primeira vista contraditórios, soa ilógico atribuir ao cônjuge (*separado de fato há mais de dois anos*) participação superior à de quem se encontrava com o *de cuius*, em união estável, na data do falecimento. Seria prestigiar a família *passada* (de fato, *extinta*) em detrimento da família *atual* – motivo suficiente, ao olhar do atualizador, para pôr em xeque a constitucionalidade daquela solução.

Sendo inadmissível ao intérprete ignorar a cláusula final do art. 1.830, a despeito das críticas, *de lege ferenda*, que se possam dirigir à necessidade de indagação sobre culpa (cf. vol. V destas *Instituições*, nº 405-A), parece-nos que o problema deva ser resolvido mediante a aplicação, em cada período de aquisição patrimonial, das regras sucessórias que lhe são próprias, *como se se tratasse de duas sucessões distintas*: assim, considerar-se-ão, em primeiro lugar, os bens adquiridos até a separação de fato e, quanto a eles, se fará a partilha segundo o art. 1.829, assegurada aí a participação do cônjuge (em concorrência ou não com parentes do falecido); em seguida, proceder-se-á à partilha dos bens posteriormente adquiridos, de acordo com o art. 1.790, recebendo o companheiro o quinhão que, nas circunstâncias, lhe couber.

448-B. COMPANHEIRO: HERDEIRO NECESSÁRIO?

O atualizador deste vol. VI das *Instituições de Direito Civil* não gostaria de encerrar este capítulo sem algumas considerações pessoais acerca da posição do companheiro no atual direito sucessório, e muito particularmente sobre a existência de eventual limite à liberdade de testar do *de cuius*.

No regime anterior ao do atual Código Civil, como antes consignado, o Superior Tribunal de Justiça manifestara o entendimento que a Lei nº 8.971/94 não incluía o companheiro entre os herdeiros necessários e que, por conseguinte, seria lícito ao testador excluí-lo de sua herança, mediante testamento no qual dispusesse de todo o seu patrimônio (REsp. nº 191.393-SP, *Revista de Direito Renovar*, 22/249).

Reexamine-se, aqui e agora, a questão ali enfrentada, já agora à luz das

disposições e do sistema do Código Civil de 2002: insere-se o companheiro entre os chamados *herdeiros necessários*, ou não passa ele de mero herdeiro legítimo, cuja vocação pode ser afastada por via testamentária?

A indagação desperta algumas perplexidades, em boa parte decorrentes do fato de a versão primitiva do Projeto do Código Civil atual nada dizer a respeito dos direitos sucessórios do companheiro: deles somente se cogitou a partir de emenda apresentada no Senado Federal, cuja redação foi revista, mais tarde, pela Câmara dos Deputados (cf. Guilherme Calmon Nogueira da Gama, *O Companheirismo*, cit., págs. 462-463). Colhe-se a nítida impressão de que o legislador, pretendendo inserir a regulamentação da matéria em texto que dela não cuidava, deixou, todavia, de proceder à harmonização entre o que anteriormente constava do Projeto e o que nele passou a figurar. Os resultados são manifestamente insatisfatórios: não apenas se deveria ter reservado local mais apropriado para as normas do art. 1.790, como também não se poderia ter deixado de aludir ao companheiro – segundo a orientação que fosse claramente adotada – no art. 1.845 *ou* no art. 1.850: num deles certamente haveria de enquadrar-se aquele sucessor. De tudo isso fica a sensação de que o art. 1.790 é, no sistema do Código Civil de 2002, um corpo estranho, pouco à vontade na companhia de outras normas originalmente concebidas para um sistema que simplesmente desconhecia a figura do companheiro, no campo sucessório.

Não pode o intérprete, na resolução do problema aqui proposto, cingir-se à formal declaração do art. 1.845: “*São herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge.*” Aparentemente peremptória, a norma excluiria, em sua literalidade, quaisquer outros sucessores do seletto grupo de herdeiros legitimários: não haveria herança necessária senão em favor daqueles ali explicitamente mencionados. Além disso, por se tratar de norma que cerceia a liberdade de testar, sua interpretação deveria ser, em princípio, *restritiva*: o testador estaria sujeito a respeitar a legítima apenas quando tivesse qualquer daqueles herdeiros, e não na presença de outros.

Não deve o dispositivo, contudo, ser analisado fora do contexto no qual se insere, cabendo ao intérprete a missão de identificar, no sistema da lei, outros elementos capazes de confirmar ou desmentir aquela declaração. Recorde-se, a propósito, que, ainda na vigência do Código revogado, doutrina respeitável

enxergava no usufruto viual (art. 1.611, § 1º, daquele diploma) caso de herança necessária, a despeito de o cônjuge não constar do elenco de herdeiros legitimários do art. 1.721 (Gustavo Tepedino, *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, cap. III, nº 5). É certo que, no precedente agora invocado, aquela condição apenas fora alcançada pelo cônjuge em virtude de inovações trazidas por legislação superveniente (cf. nº 447, *supra*); mas, de qualquer maneira, a regra do art. 1.721 passou a conviver, no texto daquele Código, com outra que lhe era complementar, não se podendo identificar o exato alcance da primeira sem a leitura da segunda. Isso confirma a ideia de que o intérprete não deve limitar-se à enumeração que a lei, num determinado artigo, faz daqueles herdeiros, competindo-lhe, ao contrário, investigar se nela realmente se esgotam tais sucessores, ou se do sistema resultam outras hipóteses de herança necessária.

No exame a que antes se procedeu do conteúdo do art. 1.790 do atual Código, viu-se que o companheiro está situado, desde logo, na primeira classe de herdeiros legítimos, na qual concorre com descendentes, comuns ou não. Ali, porém, seu direito hereditário não incide sobre a totalidade da herança, senão sobre os bens indicados no *caput*: os “adquiridos onerosamente na vigência da união estável”. Ora, a parcela do patrimônio do *de cuius* a que correspondem esses bens é variável: pode equivaler ao todo (se o falecido não tinha bens particulares), a uma fração dele (insuscetível de ser definida aprioristicamente) ou a nada (se não havia bens comuns). Isso quer dizer que, separada a eventual *meação* do companheiro, o patrimônio transmitido aos herdeiros poderá compor-se:

- (a) apenas de bens que, durante a união estável, eram comuns;
- (b) de bens comuns, ao tempo da união estável, e de outros, integrantes do patrimônio particular do *de cuius*;
- (c) apenas de bens particulares.

Nos dois primeiros casos (os únicos que ora nos interessam), a lei claramente concede ao companheiro uma participação na herança *que escapa à disponibilidade em testamento*: basta concentrar-se na hipótese em que a herança se componha exclusivamente de bens comuns, correspondendo a metade disponível (art. 1.789) à *metade daqueles mesmos bens*. Se o testador nomear sucessor(es) testamentário(s) atribuindo-lhe(s) *toda* a parte disponível,

a liberdade de testar se terá exaurido e sobre o remanescente incidirão, de maneira inevitável, as regras relativas à sucessão intestada (art. 1.788, *in medio*); como a lei chama simultaneamente descendentes *e companheiro*, ao último caberá *forçosamente* uma participação na legítima (art. 1.846).

O mesmo raciocínio vale para o caso de a herança compor-se de bens comuns e de bens particulares do *de cuius* (letra *b*): testada a metade disponível, a fração do companheiro incidirá somente sobre os bens indicados no *caput* do art. 1.790, mas estará imune a quaisquer manifestações testamentárias em sentido oposto. Não haverá como o testador, em qualquer das duas hipóteses, suprimir, por ato de última vontade, a vocação do companheiro, não se podendo, por isso, deixar de ali reconhecer herança *necessária*.

Quando o companheiro deva concorrer com “*outros parentes sucessíveis*” (art. 1.790, nº III), expande-se a base de cálculo de sua fração, a qual passa a incidir sobre a herança, e não apenas sobre o patrimônio comum aos que viviam em união estável (v., em o nº 448, o subtítulo “*Sistema do Código Civil de 2002: visão panorâmica*”). Tal como se passa nos dois primeiros incisos do art. 1.790, também aqui a lei assegura ao companheiro uma participação *imune à atuação do testador*: se este dispuser de toda a metade disponível, ao companheiro tocará, inevitavelmente, *um sexto* dos bens hereditários (ou um terço da legítima). Não seria lícito imaginar que o testador, havendo instituído herdeiro(s) de toda a porção disponível, pudesse ainda invadir a legítima e dispor, quanto ao remanescente, da fração (1/3) reservada ao companheiro: se o fizesse, estaria certamente dispondo de *mais da metade* de seu patrimônio. A conclusão a que se chega não pode ser diversa: também no inciso III do art. 1.790 o companheiro é herdeiro *necessário*.

Resta o caso em que se afirma ter o companheiro “*direito à totalidade da herança*” (art. 1.790, nº IV). Se aqui não se lhe reconhecer a condição de herdeiro necessário, poderá ele ser completamente excluído da herança: bastará ao testador dispor irrestritamente de seus bens, sem contemplá-lo. Os resultados de semelhante interpretação seriam, porém, muito inconvenientes. Recorde-se que, na hipótese, pode não se ter constituído patrimônio *comum*, sobre o qual devesse incidir meação do sobrevivente: dissolvida a união estável por morte, o companheiro, então, nada receberia. Pode acontecer,

ainda, que os bens comuns sejam de valor inexpressivo – a meação, por força, também o será.

Ora, neste ponto, cabe lembrar a função desempenhada pela sucessão legítima e, em particular, pela sucessão necessária: assegurar proteção à família.¹²⁴ Tanto mais eficaz será tal proteção quanto mais *favorável à família* for, em caso de dúvida, a exegese de um dado dispositivo legal. Assim, entre duas interpretações possíveis, cabe ao intérprete dar preferência à que melhor realize aquela função.

Além disso, se é certo que podem variar, no tempo e no espaço, os familiares que a lei chama à sucessão, bem como a ordem preferencial que entre eles se estabelece, tal variação “é consequência lógica dos vários modos como os diversos povos têm concebido e organizado o instituto familiar” (Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. I, nº 230). A observação, a rigor, vale tanto para a escolha dos herdeiros legítimos, como para a eleição dos que, entre eles, terão direito a uma quota indisponível (herdeiros necessários). Isso quer dizer que, na exegese de normas sobre sucessão (e, em particular, sobre sucessão necessária), não se pode perder de vista o conceito de família, tal como este resulta do ordenamento em foco.

Tais considerações justificam, ao ver deste atualizador, que se identifique também na regra do art. 1.790, nº IV, do Código Civil de 2002 caso de herança *necessária*, em razão da qual se deverá reconhecer, em favor do companheiro, o direito à legítima, quando não haja quaisquer parentes sucessíveis com quem concorra. A união estável, no direito brasileiro, constitui modalidade de família (Constituição Federal, art. 226, § 3º), à qual se estende, pois, aquela “especial proteção do Estado”, prometida no texto constitucional (art. 226, *caput*). Se, na hipótese de que ora se cogita, for permitido a um dos companheiros dispor da totalidade de seu patrimônio, o exercício dessa irrestrita liberdade de testar poderá comprometer, em muitos casos, a própria sobrevivência do *mais próximo de seus familiares* – o resultado, manifestamente indesejável, parece condenar qualquer interpretação em sentido contrário.

Acrescente-se, como simples reforço de argumentação, que não faria muito sentido reconhecer a participação do companheiro na legítima quando em concorrência com outros sucessores, e negá-la no caso de ser ele

chamado na condição de herdeiro único. Seria ilógico que, de um lado, ocorresse uma expansão dos direitos sucessórios do companheiro sobre os bens transmitidos, e, de outro, uma rejeição a qualquer garantia de participação mínima na herança. A enumeração das hipóteses do art. 1.790 deixa claro que a do inciso IV é a de *maior*, e não a de *menor* favorecimento àquele sucessor; logo, se para as demais há uma quota garantida, com maior razão se deve admiti-la na hipótese conclusiva.¹²⁵

Se, concluído o julgamento do RE nº 878.694-MG, o Pleno do Supremo Tribunal Federal entender (como é muito provável) que o art. 1.790 do Código Civil é inconstitucional, e que a sucessão aberta em favor do companheiro deve reger-se pelo art. 1.829, então não poderá subsistir mais nenhuma dúvida quanto à inserção do companheiro na categoria dos herdeiros necessários. A equiparação (que o Supremo provavelmente afirmará) entre o casamento e a união estável, para efeitos sucessórios, importará no reconhecimento de que ao companheiro se estende a regra do art. 1.845.

CAPÍTULO CIII

SUCESSÃO DOS COLATERAIS E DO ESTADO (CÓDIGO CIVIL DE 1916 E CÓDIGO CIVIL DE 2002)

Sumário

449. Evolução da sucessão dos colaterais. **450.** Regras disciplinares da sucessão entre colaterais. **451.** Sucessão do Estado.

Bibliografia

Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 48 e segs.; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. I, n^{os} 297 e segs.; Orlando Gomes, *Sucessões*, 15^a ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, n^{os} 52-53 e 59-65; Hermenegildo de Barros, “Do Direito das Sucessões”, in *Manual do Código Civil Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. XVIII, n^{os} 328 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, § 81; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, n^{os} 748 e segs.; Luigi Carraro, *La Vocazione Legittima alla Successione*, Cedam, 1979, n^{os} 38-41; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, 4^a ed., Forense, 2004, vol. XXI; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 43^a ed., Cedam, 2007, n^o 178; Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, 3^a ed., RT, 2014; Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito das Sucessões*, 2^a ed., Atlas, 2015.

449. EVOLUÇÃO DA SUCESSÃO DOS COLATERAIS

No presente capítulo reunimos a sucessão dos colaterais e do Estado, tendo em vista a correlação íntima entre estas duas ordens de sucessores: sendo os colaterais a última classe de herdeiros, tanto mais cresce a sucessão do Estado, quanto decresce a dos colaterais; e *vice-versa*, se esta é reforçada, a posição do Estado enfraquece. A exposição que se segue abrange, simultaneamente, a disciplina da matéria tanto no Código Civil de 1916 quanto no de 2002.

No Direito Romano, a sucessão dos colaterais (*unde cognati*), assentada no Editto do Pretor, consolidou-se na Codificação justinianeia (*Novelas* 117 e 118).

O nosso Direito anterior ao Código Civil de 1916, neste passo, foi de enorme *largueza*, estendendo para os efeitos sucessórios o conceito de família até o 10º grau. E com a agravante de preferi-lo ao cônjuge.

Num grau tão remoto, o vínculo de parentesco já é tão esmaecido, que cede lugar a relações de mera cortesia. Na liquidação da herança entre os colaterais, era ou podia ser chamado a suceder um que nem tinha conhecimento da existência do sucedendo. E, em contrapartida, não reforçado o direito sucessório por um vínculo afetivo flagrante ou real, somente servia de suscitar ideias cúpidas, quando não sugeria o desejo malsão de ver desaparecido aquele primo longínquo, cuja morte benfazeja propiciava acrescentamento patrimonial.

O Código de 1916, acolhendo a inversão de posições do cônjuge supérstite em relação aos parentes da linha transversa e a redução dos graus sucessíveis, já consagradas na Lei Feliciano Pena (nº 446, *supra*), deteve no 6º grau a vocação hereditária na linha oblíqua. Pareceu que se podia restringir ainda mais, na afirmação de tendência que se observa, no direito moderno.¹²⁶ Foi o que mais tarde veio a ocorrer.

O Decreto-Lei nº 1.907, de 26 de dezembro de 1939, inspirado em motivos mais de ordem política do que jurídica, limitou o direito hereditário ao segundo grau. Recebeu a crítica dos civilistas que entenderam ter o Legislador avançado além da meta.¹²⁷ Todos os juristas o combateram, pela odiosa retroatividade que continha, alcançando as sucessões já abertas antes de sua

vigência, o que não pecava então de inconstitucionalidade, porque a Carta Política de 1937 não consignou a proteção aos direitos adquiridos, mas atentava contra a tradição.

Com a cessação daquele regime ditatorial, o Decreto-Lei nº 8.207, de 22 de novembro de 1945, revogou o Decreto-Lei nº 1.907, de 1939, para fixar a vocação hereditária no terceiro grau colateral. Pouco tempo depois, o Decreto-Lei nº 9.461, de 15 de julho de 1946, modificando novamente a redação do art. 1.612 do Código Civil, estabeleceu que na falta de cônjuge sobrevivente, ou se ele incorresse em incapacidade, seriam chamados a suceder os colaterais até o 4º grau. O Código Civil atual (art. 1.839) manteve a vocação dos colaterais até o 4º grau.

Parece-nos, todavia, e já nos manifestamos a respeito (Introdução, *supra*), que uma razoável política legislativa deve oferecer a sucessão legal, na linha transversa, somente até o segundo grau, compreendendo portanto não mais que os irmãos. Na verdade, o indivíduo é hoje, mais do que nunca, um membro da comunidade a que pertence. O Estado, proporcionando-lhe ambiente onde desenvolve as suas atividades e realiza as suas poupanças, tem mais direito a absorver o patrimônio amealhado do que os parentes mais distantes, ligados ao defunto por laços que já não traduzem qualquer relação de dependência. Se a afeição ainda justificar uma avocação sucessória, atender-se-á pela disposição de última vontade: ao que tem fortuna, mas não tem parentela próxima, nem deixa cônjuge ou companheiro, a liberdade ampla de testar assegura a oportunidade de exprimir as suas preferências, a sua amizade e o seu reconhecimento.

450. REGRAS DISCIPLINARES DA SUCESSÃO ENTRE COLATERAIS

O princípio cardeal afirma-se neste terreno em toda a sua ênfase: os parentes mais próximos excluem os mais remotos, sem distinção de sexo nem de idade.¹²⁸ Chamados a suceder os irmãos (parentes do 2º grau), ficam excluídos os tios e sobrinhos (do 3º grau). Os do 3º grau excluem os do 4º.

Fica ressalvada, porém, a sucessão *in stirpes*, quando filhos de irmãos concorrem com irmão do falecido (Código Civil de 1916, art. 1.613; Código Civil de 2002, art. 1.840). A representação “aproxima” por ficção os parentes

mais afastados.¹²⁹

Cumpre, todavia, salientar que, em razão do conceito unitário de stirpe (v. nº 441, *supra*), a sucessão *iure representationis* somente tem lugar quando concorrem irmãos do falecido e filhos de irmão premorto, na sucessão do irmão defunto. Se forem chamados somente os parentes do mesmo grau, isto é, todos filhos de vários irmãos premortos, adirão à herança por cabeça (Código Civil de 1916, art. 1.617, § 1º; Código Civil de 2002, art. 1.843, § 1º), partilhada ela por todos igualmente. Não sobrevive em nosso direito atual a polêmica de que dá notícia Hermenegildo de Barros, ao recordar que de um lado estavam aqueles que defendiam, em qualquer caso, sucessão *in stirpes* dos filhos de irmãos (Teixeira de Freitas, Melo Freire, Coelho da Rocha, Corrêa Teles, Dídimo da Veiga, Carlos de Carvalho, Gouvêa Pinto); e de outro lado alinhavam-se os que distinguiam, para somente sustentar a sucessão por stirpe quando concorressem filhos de irmão premorto com irmãos vivos do defunto, proclamando que, sendo herdeiros somente sobrinhos, a herança lhes era deferida *in capita* (Pereira de Carvalho, Almeida e Sousa, Rebouças, Trigo de Loureiro, Macedo Soares, Felício dos Santos). Esta corrente foi a que veio a prevalecer com Clóvis Beviláqua e o Código Civil de 1916.¹³⁰ A propósito do tema, já nos referimos acima (nº 441, *supra*), cabendo salientar agora que o Código Civil em vigor não inovou quanto ao ponto.

É bom esclarecer ainda que o direito de representação não se estende além dos casos legalmente especificados. Em matéria de sucessão na linha oblíqua, somente cabe para favorecer os filhos de irmão premorto. Sendo a herança devolvida a sobrinhos do *de cuius*, não são admitidos a concorrer os filhos de algum sobrinho já falecido, que são excluídos pelos do grau mais próximo. O Código Civil de 2002 (art. 1.853) reproduziu, no particular, a norma já presente no diploma anterior (art. 1.622).

Sucessão de irmãos. Sendo todos os herdeiros irmãos germanos ou todos irmãos unilaterais (consanguíneos ou uterinos), herdaram em partes iguais (Código Civil de 1916, art. 1.616; Código Civil de 2002, art. 1.842). Concorrendo, porém, irmãos unilaterais com bilaterais, receberão aqueles a metade do que a estes couber, fazendo-se a partilha com aplicação da regra prática já acima referida (nº 443, *supra*), figurando os bilaterais como

algarismo 2, e os unilaterais como algarismo 1, e dividindo-se o monte pela sua soma; o quociente é o quinhão do unilateral, sendo o dos germanos, a sua duplicação.¹³¹

Se concorrerem filhos de irmão unilateral com irmãos bilaterais, perceberão a metade do que a estes couber (Código Civil de 1916, art. 1.617, § 2º; Código Civil de 2002, art. 1.843, § 2º).

Em se tratando de *irmãos extraconjugais*, se todos o forem, herdam em igualdade de condições. Mas, se com filho conjugal concorrerem filhos fora de casamento, à herança de um irmão que era filho provindo de casamento, haverá aplicação da mesma regra e da mesma fórmula da duplicação dos quinhões em relação aos ilegítimos, não por ser ilegítimo uma vez que a Constituição de 1988 aboliu esta distinção; porém em razão da unilateralidade.

O nosso direito não cogita da procedência dos bens, que está presente em outros sistemas (*paterna paternis, materna maternis*). Os irmãos unilaterais não são excluídos da sucessão em bens que tenham advindo ao morto de uma linha a que não pertence o herdeiro.

Como as relações de parentesco decorrentes da adoção se estabelecem não só entre o adotante e o adotado, como também entre este e todos os parentes daquele (Código Civil de 2002, art. 1.619, na redação da Lei nº 12.010/2009), pode o adotado ser chamado a suceder qualquer outro filho do adotante, ou outros colaterais até o 4º grau (contados os graus em relação ao próprio adotado).

Sucessão no 3º grau. Na falta de irmãos, herdam os parentes do terceiro grau. Mas aqui é mister um esclarecimento: não obstante estarem nesta classe tanto os tios quanto os sobrinhos do finado, a regra do chamamento dos sucessíveis do mesmo grau sofre uma exceção. No rigor do princípio, a herança dever-se-ia distribuir entre todos, dividindo-se *pro numero virorum*. Mas não é isto que acontece, pois que os filhos de irmãos preferem aos tios do *de cuius*: já no Código Civil de 1916 o art. 1.617 rezava: “em falta de irmãos, herdarão os filhos destes”, dispositivo que a doutrina interpretava de modo a reconhecer a precedência dos sobrinhos;¹³² o Código atual afastou qualquer dúvida, ao dispor (art. 1.843): “Na falta de irmãos, herdarão os filhos destes e, não os havendo, os tios.”

Sucessão no 4º grau. Inexistindo a representação, sucedem os parentes do

quarto grau por cabeça.

451. SUCESSÃO DO ESTADO

O Estado não é um herdeiro (v. nº 439, *supra*). Não lhe é reconhecido o direito de *saisine*, em nosso e alheio Direito. Nestas condições, não entra na propriedade e posse da herança pelo fato da abertura da sucessão.¹³³ É necessária uma sentença de *vacância*, declarando os bens vagos e sua devolução à Fazenda Pública.¹³⁴ Mas somente se considera definitiva a sua integração no erário público depois de escoado o prazo legal, sem que apareça algum herdeiro reclamando os bens.¹³⁵ Em verdade, a sucessão do Estado envolve a devolução da herança a quem representa a coletividade a que pertenceu o defunto.¹³⁶

Sobre a natureza do direito sucessório do Estado, não se põem de acordo os escritores. Há os que vão buscar a sua justificativa no *domínio eminente* sobre todos os bens de seus súditos, ou na soberania que exerce sobre tudo e sobre todos em seu território. Explicam-no outros, fundados no *direito de ocupação*, exercido sobre quaisquer bens vagos. Mais razão têm aqueles que dispensam esclarecimentos exógenos, para argumentar que a ordem de vocação hereditária se funda na afeição presumida do morto e se esgota com os parentes no grau previsto; e em seguida a herança devolve-se ao Estado *iure successionis*, desde que não haja o morto suprido o vazio por uma disposição de sua derradeira vontade. As relações jurídicas tinham e devem ter um sujeito, que será então o Estado, como personificação da comunidade em que o *de cuius* viveu, e à qual esteve ligado.¹³⁷ A discussão, mais acadêmica do que positiva (Vialleton), oferece pouco interesse prático, pois que, sob um ou outro fundamento, o Estado é convocado.

Não sendo herdeiro, descabe em relação ao Estado o ato de aceitação; mas, em contrapartida, não lhe é lícito emitir declaração de renúncia ou repúdio.¹³⁸

O mesmo se não dirá do legado, especialmente quando acompanhado de encargo. É que a sucessão *ab intestato* do Estado defere-se *ope legis*, ao passo que a instituição testamentária como ato de vontade não traz força coercitiva.

A sucessão do Estado é historicamente uma constante. Em todos os povos

e em todos os sistemas jurídicos.¹³⁹

No Direito Romano, herdava o *Fiscus*.¹⁴⁰ Em nosso direito anterior, na falta de herdeiros sucessíveis, os bens eram transmitidos ao Erário público. Dado o regime unitário vigente, não se duvidava quem fosse o seu destinatário. Mas com a proclamação da República, e adotada a forma federativa de governo, que reconheceu desde logo a autonomia política administrativa dos Estados-membros, questionou-se em doutrina se a sucessão nos bens vagos deveria atribuir-se à União ou aos Estados Federados. Em face das divergências, a Lei nº 221, de 20 de novembro de 1894, resolveu-o em favor da União, mandando que se recolhesse aos Cofres nacionais o que fosse apurado em ouro, prata, pedras preciosas, títulos da dívida nacional ou dinheiro.

Com fundamento, porém, na estrutura política federativa, sustentava-se convincentemente que as heranças vacantes deveriam ser deferidas aos Estados.¹⁴¹

Decidiu-se o Código Civil de 1916 neste sentido (art. 1.619), declarando que, na falta de descendentes, ascendentes, cônjuges e colaterais sucessíveis, a herança se devolvesse ao Estado, ou Distrito Federal, se o *de cuius* tivesse sido domiciliado nas respectivas circunscrições, ou à União, se o fosse em Território não constituído em Estado.

No período de vigência do Decreto-Lei nº 1.907, de 26 de dezembro de 1939, retornamos ao sistema de se deferirem as heranças vagas à União, “onde quer que tenha sido domiciliado o defunto”. Mas o Decreto-Lei nº 8.207, de 22 de novembro de 1945, restabeleceu a norma codificada, com deferimento da herança à unidade federada.

Dispensamo-nos de justificá-lo, pois não tem utilidade reabrir um debate já superado. Baste-nos reportarmo-nos ao ministério de Beviláqua, acima citado, que reproduz todo o debate.

Ainda na vigência do Código Civil de 1916, a Lei nº 8.049, de 20 de junho de 1990, retirou dos Estados-membros aquela vocação, passando a atribuí-la aos Municípios. O atual Código Civil manteve essa última orientação (art. 1.844).

Imposto de transmissão “causa mortis”. Intimamente ligado ao direito das

sucessões, é o tributo incidente sobre a transmissão da herança. A par de suas implicações fiscais, representa instrumento eficaz no equilíbrio da devolução das heranças. Deve ser progressivo, partindo de taxa ínfima (ou mesmo nula) nas pequenas heranças, e crescendo gradativamente na medida em que se avolumem.¹⁴² O aumento progressivo deverá também atentar para a natureza e o grau de parentesco. É razoável que o parente mais remoto sofra maior tributação do que o mais próximo, e que o estranho pague mais que o parente, quando beneficiado por disposição testamentária.

Pelo direito constitucional vigente, a competência para a instituição do tributo é dos Estados e do Distrito Federal (CF, art. 155, nº I).

Dando cumprimento ao art. 155, § 1º, nº IV, da Constituição, o Senado Federal, por meio da Resolução nº 9, de 1992, fixou em 8% (oito por cento) a alíquota máxima desse imposto (art. 1º), autorizando a adoção de alíquotas progressivas “em função do quinhão que cada herdeiro efetivamente receber” (art. 2º).

¹ Cf. Vittore Vitali, *Delle Successioni...*, vol. I, págs. 29 e segs.

² Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, vol. I, § 87.

³ Ludovic Beauchet, *Histoire du Droit Privé de la République Athénienne*, vol. III, pág. 425; Vitali, *Delle Successioni...*, vol. V, nº 7, pág. 199.

⁴ Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, pág. 79; Pietro Bonfante, *Istituzioni di Diritto Romano*, § 186.

⁵ Fustel de Coulanges, *La Cité Antique*, pág. 89.

⁶ Galvão Telles, *Apontamentos para História do Direito das Sucessões Português*, nº 32.

⁷ Cimball, *Nuova Fase del Diritto Civile*, §§ 159, e segs.; D'Aguanno, *Genese ed Evoluzione del Diritto*, nºs 181 e segs.; De Page, *Traité...*, t. IX, nºs 2 e segs.; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nºs 661 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 24 e 25; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nºs 1.472 e segs.; Vitali, *Delle Successioni*, vol. V, nºs 8 e segs., págs. 200 e segs.

⁸ Lepointe, *Les Successiones dans l'Ancien Droit*, pág. 25.

⁹ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 163; Hermenegildo de Barros, “Direito das Sucessões”, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, nº 235;

- Frederic Girard, *Droit Romain*, pág. 837.
- 10 Cf., sobre esta fase, Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 167; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 1.579; Maynz, *Droit Romain*, vol. III, § 361; M. G. Lepointe, *Les Successions dans l'Ancien Droit*, nº 37; Luigi Carraro, *La Vocazione Legittima alla Successione*, pág. 89.
 - 11 Frederic Girard, *Droit Romain*; Edouard Cuc, *Institutions Juridiques des Romain*, vol I, págs. 122 e segs.; Rudolf von Ihering, *L'Esprit du Droit Romain*, vol. II, pág. 109, e vol. III, pág. 141; Van Wetter, *Pandectes*, vol. III, § 600; Maynz, *Droit Romain*, vol. III, § 362; Planiol, Ripert et Boulanger, ob. cit., vol. III, nº 1.580.
 - 12 Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, art. 959; Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, vol. I, § 335.
 - 13 Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, 1899, § 33.
 - 14 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, vol. I, § 87.
 - 15 Lacerda de Almeida, *Direito das Sucessões*, § 3º; Orlando Gomes, *Direito das Sucessões*, nº 37.
 - 16 Cf. sobre a sucessão por linhas; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nº 736; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 1.621; De Page, *Traité Élémentaire...*, vol. IX, nº 175; Vialleton, *Les Successions*, pág. 26.
 - 17 Vitali, *Delle Successioni*, vol. V, nº 57, pág. 254.
 - 18 Vitali, ob. cit., pág. 265.
 - 19 Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 225; Orlando Gomes, *Direito das Sucessões*, nº 40.
 - 20 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 35; Carlos Maximiliano, ob. cit., vol. I, nº 124; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité...*, vol. III, nº 1.594; Galvão Telles, *Apontamentos para História do Direito das Sucessões Português*, nº 61, pág. 168; Carlos Vattier Fuenzalida, *El Derecho de Representación...*, págs. 137-138.
 - 21 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, vol. I, § 86.
 - 22 Vitali, *Delle Successioni*, vol. V, nº 64, pág. 262.
 - 23 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 129; Hermenegildo de Barros, “Direito das Sucessões”, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, nº 367.
 - 24 Ruggiero e Maroi, loc. cit.; Luigi Ferri, *Delle Successioni*, pág. 180; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 53.
 - 25 O ponto é pacífico na doutrina formada a partir do Código Civil de 2002: Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, págs. 286 e segs.; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários...*, comentário ao art. 1.851, nota nº

- 391; Débora Gozzo, *Comentários...*, comentário ao art. 1.851, nº 5; José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, comentário ao art. 1.851, pág. 272.
- 26 Carlos Vattier Fuenzalida, *El Derecho de Representación...*, págs. 271 e segs.; Carlos Lasarte Álvarez, *Principios de Derecho Civil*, t. VII, pág. 30.
- 27 Jorge O. Azpiri, *Manual de Derecho Sucesorio*, Hammurabi, 1991, pág. 270.
- 28 O novo Código Civil e Comercial argentino também circunscreve o direito de representação ao âmbito da sucessão legítima: cf. Marisa Herrera e María Victoria Pellegrini, *Manual de Derecho Sucesorio*, Edunsa, 2015, pág. 323.
- 29 Mazeaud *et* Mazeaud, ob. cit., vol. IV, nº 738.
- 30 Planiol, Ripert *et* Boulanger, vol. III, nº 1.603; Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, ob. cit., vol. IV, nº 740; De Page, ob. cit., vol. IX, nº 160.
- 31 Hermenegildo de Barros, ob. cit., nº 370; Ruggiero e Maroi, § 86; Planiol, Ripert *et* Boulanger, ob. cit., vol. III, nº 1.602; De Page, ob. cit., vol. IX, nº 165; Colin *et* Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 539-A.; Carlos Vattier Fuenzalida, *El Derecho de Representación...*, págs. 251 e segs.
- 32 Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 37. Esta exceção era defendida *de iure condendo* no direito francês: ver Vialleton, *Les Successions*, pág. 28. Com a reforma legislativa empreendida em 2001, o art. 755 do *Code Civil* passou a admitir o chamamento dos filhos do herdeiro indigno, por direito de representação, ainda que, ao tempo da abertura da sucessão, o último estivesse vivo (Pierre Voirin e Gilles Goubiaux, *Droit Civil*, 25ª ed., LGDJ, 2008, t. II, nº 388, pág. 185).
- 33 Orlando Gomes, *Direito das Sucessões*, nº 42.
- 34 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 37; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, § 125; Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité...*, vol. III, nº 1.608.
- 35 Colin *et* Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 538-A.
- 36 Carlos Maximiliano, ob. cit., vol. I, nº 133; Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité...*, vol. III, nº 1.609.
- 37 Colin *et* Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 541.
- 38 Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LV, § 5.629, nºs 1 e 2; Giselda Hironaka, *Comentários...*, comentário ao art. 1.787.
- 39 Gustavo Ferraz de Campos Monaco, “Direito Intertemporal...”, pág. 434 (em paráfrase do texto destas *Instituições*); Giselda Hironaka, *Comentários...*, págs. 36-37.
- 40 Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 175.
- 41 Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 39.

- 42 Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. 1, nº 139.
- 43 Raoul De La Grasserie, *De la Recherche de la Paternité Naturelle*, págs. 227.
- 44 O trecho remonta a antigas edições da obra de Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile* (veja-se, por exemplo, na 5ª, de 1950, o nº 366, pág. 739), sem correspondente na 43ª ed. (de 2007), aqui e agora usada pelo atualizador.
- 45 Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 258; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 41.
- 46 Barassi, *Successioni*, pág. 218. O texto se refere ao direito italiano anterior à reforma de 1975 (Lei nº 151, de 19 de maio), a qual, em matéria sucessória, equiparou os filhos naturais (reconhecidos) aos legítimos: cf. Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 146. Sobre a evolução do direito italiano nessa matéria, Luigi Carraro, *La Vocazione Legittima alla Successione*, Cedam, 1979, nº 27, págs. 125-126, nota nº 1.
- 47 Caio Mário da Silva Pereira, *Efeitos do Reconhecimento de Paternidade Ilegítima*, pág. 227.
- 48 Caio Mário da Silva Pereira, in *Revista do Instituto dos Advogados Brasileiros*, nº 20, 1972.
- 49 Hermenegildo de Barros, *Do Direito das Sucessões*, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, pág. 423. Sobre o direito hereditário do filho natural, ver Vitali, *Delle Successioni...*, vol. V, nºs 86 e 88. Acerca da evolução do direito italiano, nessa matéria, Luigi Carraro, *La Vocazione...*, nºs 27 e 30, e Guido Capozzi, *Successioni...*, nº 146.
- 50 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 260.
- 51 A Lei nº 7.841, de 17 de outubro de 1989, revogou o art. 358 do Código Civil, abolindo a proibição de reconhecer os filhos espúrios, em execução do disposto no art. 227, § 6º, da Constituição de 1988.
- 52 Caio Mário da Silva Pereira, *Efeitos do Reconhecimento de Paternidade Ilegítima*, nº 94.
- 53 Barassi, *Le Successioni...*, pág. 218.
- 54 Girard, *Droit Romain*, págs. 171 e segs.
- 55 Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 40.
- 56 *Idem*, *Comentários*, comentário ao art. 1.605.
- 57 Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 278; Pontes de Miranda, *Direito da Família*, § 160; De Page, *Traité Élémentaire...*, vol. IX, nº 187.
- 58 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, pág. 746.
- 59 Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 282.

- ⁶⁰ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 141; Hermenegildo de Barros, “Do Direito das Sucessões”, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, pág. 504.
- ⁶¹ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 282.
- ⁶² Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nº 753; Vialleton, *Les Successions*, pág. 26; Alain Sériaux, *Les Successions...*, pág. 56.
- ⁶³ Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, art. 966; Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, § 342; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 44.
- ⁶⁴ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 283.
- ⁶⁵ A respeito, Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*, 5ª ed., Forense, 2001, nº 163, pág. 272.
- ⁶⁶ No direito italiano, veja-se Luigi Carraro, *La Vocazione Legittima alla Successione*, p. 111.
- ⁶⁷ Como bem observa Capelo de Souza, em relação ao dispositivo análogo do direito português, “aquela quota mínima tem interesse prático quando o cônjuge concorra com 4 ou mais filhos” (“Os direitos sucessórios do cônjuge sobrevivente”, in *O Direito das Sucessões: do Direito Romano ao Direito Actual*”, Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra), Coimbra, 2006, pág. 1.317).
- ⁶⁸ Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, 14ª ed., Atlas, 2014, pág. 145-146, mantendo a posição por ele defendida nas anteriores edições da obra.
- ⁶⁹ Por exemplo: José António de França Pitão, *A Posição do Cônjuge Sobrevivente no Actual Direito Sucessório Português*, 1994, pág. 38; Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições de Direito das Sucessões*, pág. 354.
- ⁷⁰ Na 1ª edição de seu *Manual das Sucessões* (de 2008), Maria Berenice Dias afirmava: “A quota mínima só é assegurada se os herdeiros forem filhos do falecido e do sobrevivente” (nº 17.3, pág. 164). Por isso, em edições anteriores destas *Instituições*, a autora foi arrolada entre os que comungavam da opinião exposta em nosso texto. Na 3ª edição do *Manual*, porém, aquela frase foi omitida (nº 17.3, pág. 173). A autora se posiciona acerca da questão em o nº 17.4 (págs. 174 e segs.), sugerindo a adoção de fórmula matemática cujo resultado prático, embora *negue* a quota mínima, dela se aproximará quanto maior for o número de filhos comuns e, inversamente, dela se afastará quanto maior for o número de filhos não comuns.
- ⁷¹ *Direito das Sucessões*, nº 196, pág. 343. Na doutrina brasileira, é o que observa, com acerto, José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, pág. 228:

“... há que se entender que a quota de um quarto a que se refere o art. 1.832 diz respeito aos bens que estão sendo objeto da sucessão legítima. Se fez o *de cuius* uso de seu direito de dispor em testamento, os bens nesse ato incluídos não servem de base de cálculo ao direito do cônjuge”.

- ⁷² A Lei nº 883/1949 foi revogada pelo art. 3º da Lei nº 12.004/2009. Manteve-se, todavia, a referência ao diploma revogado, tendo em vista a explicação contida no n. 443 deste volume, relativa à maneira pela qual se calculam as frações dos sucessores, também (e ainda) aplicável à hipótese de que trata o texto.
- ⁷³ De acordo: Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, nº 18.
- ⁷⁴ Equivocado, no particular, Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, pág. 248, ao sugerir que, havendo dois avós paternos e uma avó materna, a cada um deles caberia, em concorrência com o cônjuge, um terço da metade. No sentido proposto no texto: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários...*, pág. 236.
- ⁷⁵ De acordo: Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, nº 17.6.
- ⁷⁶ Na 15ª edição deste volume (a primeira que se seguiu à vigência do novo Código Civil), aludia-se, aqui, por evidente equívoco, a “seis filhos remanescentes”.
- ⁷⁷ Lacerda de Almeida, *Sucessões*, pág. 162; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 39; Hermenegildo de Barros, “Do Direito das Sucessões”, in *Manual do Código Civil Brasileiro* (Manual Lacerda), vol. XVIII, nº 152, comentário ao art. 1.589; Oliveira Ascensão, *Direito das Sucessões*, nº 112, págs. 193-194; François Terré – Yves Lequette, *Droit Civil: Les Successions. Les Libéralités*, nº 667, págs. 666-667; Michel Grimaldi, *Droit Civil: Successions*, nº 504, págs. 491-492; Alain Sériaux, *Les Successions. Les Libéralités*, nº 148, pág. 284.
- ⁷⁸ De acordo (ao menos para a hipótese de renúncia de herdeiro integrante de estirpe): Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 7.5.3; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários...*, pág. 275.
- ⁷⁹ Cf. sobre a sucessão do cônjuge no Direito Romano: Novelas 117, Cap. 5 e 118; Girard, *Droit Romain*, págs. 888 e segs.; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 789; De Page, *Traité Élémentaire...*, vol. IX, nº 325; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 143.
- ⁸⁰ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 46; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 144.
- ⁸¹ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 146.
- ⁸² Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., vol. IV, nº 794. Pierre Voirin e Gilles

- Goubeaux, *Droit Civil*, t. II, nº 290.
- ⁸³ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de las Sucesiones*, vol. I, § 5º.
- ⁸⁴ Hermenegildo de Barros, “Direito das Sucessões”, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, nº 327, pág. 536.
- ⁸⁵ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 146.
- ⁸⁶ Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 194; Luís A. Carvalho Fernandes, *Lições...*, nº 161, págs. 352-353.
- ⁸⁷ Maria Berenice Dias (*Manual das Sucessões*, nº 3.1) opina pela sobrevivência do verbete sumular na vigência do novo Código Civil.
- ⁸⁸ Hermenegildo de Barros, ob. cit., pág. 516.
- ⁸⁹ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 147.
- ⁹⁰ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Reconhecimento de Paternidade e seus Efeitos*, 5ª ed., Forense, 2001, nº 163, pág. 272.
- ⁹¹ Luigi Ferri, *Successioni in Generale*, pág. 44; Santoro Passarelli, *Vocazione Legale*, pág. 86; Walter D’Avanzo, *Delle Successioni*, vol. II, pág. 596; Barbero, *Sistema del Derecho Privado*, vol. V, nº 1.109. A reforma do direito de família, na Itália, em 1975 (Lei nº 151, de 19 de maio), aboliu tal usufruto, assegurando ao cônjuge uma participação na herança, a título de propriedade, em concorrência com descendentes do *de cuius* (cf. Luigi Carraro, *La Vocazione Legittima alla Successione*, nº 24).
- ⁹² Paul Piotet, *Traité de Droit Privé Suisse*, 2ª ed., Fribourg, 1988, t. IV, § 13. Semelhante usufruto foi, todavia, abolido com a reforma empreendida pela Lei federal de 5 de outubro de 1984, que permitiu a vocação do cônjuge, *em propriedade*, em concorrência com descendentes do *de cuius* (cf. Jean Guinand e Martin Stettler, *Droit Civil*, 5ª ed., Fribourg, 2003, vol. II, nºs 56-57). Em 2004, essa disciplina foi estendida ao companheiro do mesmo sexo (“*partenaire enregistré*”): Paul-Henri Steinauer, *Le Droit des Successions*, Stämpfli, 2006, pág. 82.
- ⁹³ De Page, *Traité Élémentaire...*, vol. IX, nº 345.
- ⁹⁴ Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nº 802; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire*, vol. III, nº 1.725.
- ⁹⁵ Barassi, *Successioni*, pág. 228.
- ⁹⁶ Cf. sobre a “liquidação do usufruto”: irmãos Mazeaud, ob. cit., nº 816; De Page, nºs 357 e segs. Para uma exposição mais moderna e coincidente com a do texto, Gustavo Tepedino, *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, cap. III, nº 8.
- ⁹⁷ Ver, a propósito, De Page, ob. cit., nº 396.
- ⁹⁸ Planiol, Ripert et Boulanger, ob. cit., nº 1.749; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud,

- ob. cit., nº 821; De Page, ob. cit., nº 384; Barassi, *Successioni* ..., pág. 229; Walter D'Avanzo, *Successioni*, vol. II, pág. 468; Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 590; Vialleton, *Les Sucessions*, pág. 48; Pierre Voirin e Gilles Goubeaux, *Droit Civil*, t. II, nº 335.
- ⁹⁹ Orlando Gomes, *Sucessões*, 7ª ed., 1997, nº 54 (a partir da 12ª ed. da obra, atualizada de acordo com o Código Civil de 2002, suprimiu-se o capítulo referente ao usufruto vidual).
- ¹⁰⁰ Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, comentário ao art. 1.725.
- ¹⁰¹ José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, comentário ao art. 1.830, págs. 214-215.
- ¹⁰² De acordo: José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, comentário ao art. 1.830, pág. 216.
- ¹⁰³ Infeliz o acórdão da 3ª Turma do STJ (de 01º.12.2009) no REsp. nº 992.749-MS, que interpretou a expressão “separação obrigatória” como se abrangesse a separação *convencional*, negando, por isso, direito sucessório ao cônjuge casado por este último regime. Menos mal que o julgado admitiu que a “doutrina predominante” corresponde àquela exposta no texto destas *Instituições*, a saber, que o cônjuge casado pelo regime da separação *convencional* concorre com os descendentes do *de cuius*. Os autores têm reagido, enfaticamente, à orientação adotada no acórdão: cf. Flávio Tartuce, *Manual de Direito Civil*, 3ª ed., Método, 2013, p. 1.310. A partir do ano de 2014, porém, a jurisprudência do STJ alterou-se profundamente, passando a adotar a interpretação defendida no texto desta obra: vejam-se os acórdãos dos REsp nºs 1.346.324-SP, j. em 19.08.2014; 1.472.945-RJ, j. em 23.10.2014; 1.430.763-SP, j. em 13.11.2014; 1.382.170-SP, j. em 22.04.2015. Em data mais recente (24.06.2015), a 2ª Seção, por unanimidade, confirmou esse entendimento, ao julgar o AgRg/REsp. nº 1.472.945-RJ. Alguns desses acórdãos citaram estas *Instituições*. Sobre toda essa evolução, veja-se Carlos Roberto Barbosa Moreira, “Regime de bens e sucessão”, in *Revista do Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro*, nº 56, 2015, págs. 45 e segs.
- ¹⁰⁴ De acordo com a enumeração feita no texto: Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, nº 17.1, pág. 167 (a despeito do registro da jurisprudência do STJ, constituída a partir do precedente citado na anterior nota de rodapé e ali por nós criticado).
- ¹⁰⁵ Há quem sustente – ao ver do atualizador deste volume, sem razão – que a sucessão em favor do cônjuge, nessa hipótese, apenas abrangeria os bens

particulares, mas não os comuns: Zeno Veloso, “Novo Código Civil – sucessão dos cônjuges”, pág. 241. Ao julgar (e deferir) a Medida Cautelar nº 14.509, a 3ª Turma do STJ, em acórdão de 21.8.2008, também manifestou esse entendimento; mas, no posterior julgamento do correspondente REsp. nº 1.117.563-SP, em 17.12.2009, perfilhou entendimento *oposto*, ao dizer que, no regime da comunhão parcial de bens, o cônjuge sobrevivente tem “direito à meação, *além da concorrência hereditária sobre os bens comuns*, mesmo que haja bens *particulares*, os quais, em qualquer hipótese, *são partilhados apenas entre os descendentes*” (excerto da ementa, com destaque nosso). É oportuno registrar, todavia, que o caso ali julgado dizia respeito à sucessão *de companheiro* (em concorrência com filhos do *de cujus*), regida, não pelo art. 1.829, nº I, mas sim pelo art. 1.790, nº II. Por isso, ao ver do atualizador deste volume, as considerações desenvolvidas em ambos os acórdãos acerca do art. 1.829 devem ser lidas com a devida reserva. Em data mais recente (22.04.2015), a 2ª Seção do STJ firmou o entendimento de que, havendo bens particulares do *de cuius*, o cônjuge somente concorre com os descendentes sobre esses mesmos bens, mas não sobre os *comuns* (REsp. nº 1.368.123-SP).

¹⁰⁶ De acordo: José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, com. ao art. 1.830, pág. 227; Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, nº 17.1.4, pág. 171.

¹⁰⁷ José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, com. ao art. 1.830, pág. 213; Maria Berenice Dias, *Manual...*, nº 18, pág. 180.

¹⁰⁸ Ao julgar (em 05.05.2011) a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 132, o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou que os direitos e deveres dos companheiros nas uniões estáveis se estendem aos companheiros nas uniões entre pessoas *do mesmo sexo*, dando ao art. 1.723 do Código Civil “interpretação conforme à Constituição”, “para excluir do dispositivo em causa qualquer significado que impeça o reconhecimento da união contínua, pública e duradoura entre pessoas do mesmo sexo como família” – com a consequência de que esse reconhecimento “é feito *segundo as mesmas regras e com as mesmas consequências* da união estável heteroafetiva” (entre aspas, trechos da ementa do julgado, destacou-se). Na doutrina, veja-se Luís Roberto Barroso, “Diferentes, mas iguais: o reconhecimento jurídico das relações homoafetivas no Brasil”, in *Revista do Ministério Público*, Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro, nº 47, 2013, págs. 143 e segs.

¹⁰⁹ Adotou esse entendimento a 3ª Turma do STJ, em acórdão de 14.06.2011 (Resp. nº 821.660-DF).

¹¹⁰ Ana Luiza Maia Nevares, *A Tutela...*, págs. 2-3; Id., *A Sucessão...*, pág. 2; Sylvio

- Capanema de Souza, “A sucessão do companheiro: questões controvertidas”, pág. 26. Correto o acórdão da 4ª Turma do STJ no REsp. nº 704-637-RJ (julgado em 17.03.2011).
- ¹¹¹ Corretos os seguintes acórdãos do STJ: REsp nº 100.194-SP (de 22.10.1996), *RSTJ* 97/285; REsp. nº 153.028-RS (de 02.12.1997).
- ¹¹² Idêntico o pensamento de Ana Luiza Maia Nevares, *A Tutela...*, pág. 171; Id., *A Sucessão...*, pág. 115.
- ¹¹³ Aderiu explicitamente à nossa opinião Áurea Pimentel Pereira, *União Estável – Doutrina e Jurisprudência*, p. 145. Também de acordo: Sylvio Capanema de Souza, “A sucessão do companheiro: questões controvertidas”, pág. 25.
- ¹¹⁴ De acordo com semelhante opinião, José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, pág. 69.
- ¹¹⁵ Nesse sentido, Ana Luiza Maia Nevares, *A Tutela...*, pág. 174; Id., *A Sucessão...*, pág. 122.
- ¹¹⁶ Vejam-se as observações formuladas no início deste nº 448 sobre o julgamento do RE nº 878.694-MG.
- ¹¹⁷ Ana Luiza Maia Nevares, *A Tutela...*, pág. 172; Id., *A Sucessão...*, pág. 117; Sylvio Capanema de Souza, “A sucessão do companheiro: questões controvertidas”, pág. 22.
- ¹¹⁸ No mesmo sentido: Ana Luiza Maia Nevares, *A Tutela...*, págs. 173-174; Id., *A Sucessão...*, pág. 118; Sílvia de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 7.8.1; Sylvio Capanema de Souza, “A sucessão do companheiro: questões controvertidas”, pág. 24.
- ¹¹⁹ Ao julgar (em 24.05.2011) o REsp. nº 1.135.354-PB, a 4ª Turma do STJ suscitou, perante a Corte Especial, incidente de inconstitucionalidade dos incisos III e IV do art. 1.790 do Código Civil. Iniciado o julgamento na sessão de 17.08.2011, a Corte Especial, em 03.10.2012, decidiu, por maioria, “não conhecer” da arguição de inconstitucionalidade. A despeito disso, houve votos sobre o mérito da questão (em especial, dos Ministros Cesar Asfor Rocha e Teori Zavascki), *desfavoráveis* à declaração de inconstitucionalidade das normas em questão. Em data mais recente (11.06.2013), no julgamento do AI no REsp. nº 1.291.636-DF, a 4ª Turma suscitou incidente de inconstitucionalidade do *caput* do art. 1.790. Em 2 de novembro de 2016 (data em que se atualizou esta nota), ainda não se concluíra o julgamento do incidente pela Corte Especial. Encerrando-se o julgamento, pelo Supremo Tribunal Federal, do RE nº 878.694-MG (ainda não concluído, em novembro de 2016), e sendo ali declarada a inconstitucionalidade do art. 1.790, o incidente suscitado perante o

Superior perderá seu objeto.

- ¹²⁰ Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, *Comentários...*, comentário ao art. 1.790, págs. 65-66.
- ¹²¹ Opinião divergente de Sylvio Capanema de Souza, “A sucessão do companheiro: questões controvertidas”, pág. 23. A jurisprudência do STJ orientava-se no sentido da sobrevivência da Lei nº 9.278/96: REsp. nº 1.156.744-MG (julgado em 09.10.2012, com citação de precedente). Julgados mais recentes, porém, admitiram a revogação *total* do diploma pelo Código Civil de 2002, mas asseguraram ao companheiro sobrevivente, por *outros* fundamentos, o direito real de habitação: REsp. nº 1.329.993-RS, julgado em 17.12.2013; REsp. nº 1.203.144-RS, julgado em 27.05.2014 (este último, um tanto ambigualmente, cita os dois outros precedentes aqui colacionados, que trilharam caminhos *opostos*, embora tenham chegado à idêntica conclusão).
- ¹²² Cf. o acórdão do STF (de 10.02.2009) no RE nº 590.779-ES (em especial, os votos dos Ministros Marco Aurélio (relator) e Menezes Direito).
- ¹²³ *Código Civil Comentado*, pág. 217.
- ¹²⁴ Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 11, págs. 28-29; François Terré – Yves Lequette, *Droit Civil: Les Successions. Les Libéralités*, nº 619, pág. 602; Michel Grimaldi, *Droit Civil: Successions*, nº 284, págs. 280-281, e nº 289, pág. 284; Alain Sériaux, *Les Successions. Les Libéralités*, nº 121, pág. 231; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nºs 116-117; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, pág. 210.
- ¹²⁵ Sobre a inserção do companheiro entre os herdeiros necessários, vejam-se: Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito das Sucessões*, págs. 453-458; Ana Luiza Maia Nevares, *A Sucessão...*, págs. 123-124.
- ¹²⁶ Hermenegildo de Barros, “Do Direito das Sucessões”, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, nº 353.
- ¹²⁷ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 33.
- ¹²⁸ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 49.
- ¹²⁹ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 303.
- ¹³⁰ Hermenegildo de Barros, “Do Direito das Sucessões”, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, nº 344.
- ¹³¹ A norma é constitucional, ao contrário do que sustenta Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, nºs 2.3 (pág. 44), 2.5 (pág. 47) e 14.5 (pág. 145). O que o art. 227, § 6º, da Constituição Federal veda é o tratamento discriminatório de *filhos*, e não (como é o caso) de *irmãos*. No sentido do texto, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito das Sucessões*, págs. 443-444.

- 132 Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, ao artigo 1.617; Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, nº 307; Hermenegildo de Barros, ob. cit., nº 399; Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 52 (a partir da 12ª ed.; nas edições anteriores ao novo Código Civil, nº 50).
- 133 Pacífica, a respeito, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: REsp. nº 3.998-SP, *RSTJ* 94/215; REsp. nº 164.196-RJ, *Revista dos Tribunais*, 773/194; REsp. nº 100.290-SP. Coerentemente, tem-se reconhecido a possibilidade de, até a sentença de vacância, a herança jacente ser adquirida por usucapião (REsp. nº 209.967-SP, *RSTJ* 133/400; REsp. nº 253.719-RJ, *Revista dos Tribunais* 787/207; REsp. nº 36.959-SP, *LexSTJ* 146/85; REsp nº 170.666-SP; AgRg Ag nº 1.212.745-RJ).
- 134 Hermenegildo de Barros, “Do Direito das Sucessões”, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, nº 354; Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 312; Vialleton, *Les Successions*, pág. 64. Ao julgar (em 25.08.1981) o RE nº 92.352-SP, o STF adotou o entendimento de que a sentença de vacância é meramente declaratória.
- 135 Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 59; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.822.
- 136 Alberto Trabucchi, *Istituzioni*, nº 178.
- 137 Sobre a natureza do direito sucessório do Estado, cf. Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 52; Hermenegildo de Barros, ob. cit., nº 335; Orlando Gomes, ob. cit., nº 60; D’Aguano, *Genesis y Evolución del Derecho*, nº 244; Cimbali, *La Nuova Fase del Diritto Civile*, págs. 209 e 228; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, § 91; Planiol et Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil*, vol. IV, nº 155; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nº 1.807; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., vol. IV, nº 826; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, nº 178; Vialleton, *Les Successions*, pág. 51; Luigi Carraro, *La Vocazione Legittima alla Successione*, nº 39.
- 138 Ruggiero e Maroi, ob. cit., § 91; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 6º. Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.844.
- 139 Cf. a respeito Clóvis Beviláqua, ob. cit., §§ 51 e 52; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nºs 157 e segs.
- 140 Maynz, *Cours de Droit Romain*, vol. III, § 412; Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. espanhola da 8ª ed., § 233.
- 141 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 52.
- 142 Ao julgar o RE nº 562.045-RS, o Pleno do Supremo Tribunal Federal declarou

constitucional a lei gaúcha que estabelecia a progressividade do imposto de transmissão *causa mortis*.

PARTE TERCEIRA

DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

CAPÍTULO CIV

DISPOSIÇÕES DE ÚLTIMA

VONTADE

Sumário

452. Natureza e evolução da sucessão testamentária. **453.** Liberdade de testar e herdeiros necessários. **453-A.** A legítima segundo uma abordagem civil-constitucional.

Bibliografia

Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. I, págs. 17 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nºs 281 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 53 e segs.; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, nºs 313 e segs.; Teixeira de Freitas, *Tratado dos Testamentos e Sucessões* (adaptação da obra de Gouvêa Pinto ao foro brasileiro), págs. 1 e segs.; Ferreira Alves, *Do Direito das Sucessões*, in *Manual do Código Civil Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. XIX, nºs 9 e segs.; Lacerda de Almeida, *Sucessões*, págs. 187 e segs.; Orlando Gomes, *Sucessões*, 15ª ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, nºs 70 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, §§

92 e segs.; Ludovico Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, págs. 283 e segs.; Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, págs. 1 e segs.; Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. II, §§ 202 e segs.; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nº 1.819 e segs.; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nº 1.330 e segs.; Antonio Cicu, *El Testamento*, págs. 3 e segs.; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. VIII, vol. II, nº 786 e segs.; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. I, §§ 9º e segs.; Ferreira Alves, *Manual do Código Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. IX, nº 188 e segs.; H. Vialleton, *Les Successions*, págs. 157 e segs.; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, 14ª ed., Atlas, 2014; Zeno Veloso, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, 2003, vol. 21; Ana Luiza Maia Nevares, *A Tutela Sucessória do Cônjuge e do Companheiro na Legalidade Constitucional*, Renovar, 2004; Idem, *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, Renovar, 2009; Idem, *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil-Constitucional*, 2ª ed., Atlas, 2015; Carlos Roberto Barbosa Moreira, “Princípios constitucionais e o Direito das Sucessões”, in *Revista Forense*, vol. 390, págs. 45 e segs.; Heloisa Helena Barboza, “Aspectos controversos do Direito das Sucessões: Considerações à Luz da Constituição da República”, in *Direito Civil Contemporâneo: Novos Problemas à Luz da Legalidade Constitucional*, org. Gustavo Tepedino, Atlas, 2008, págs. 320 e segs.

452. NATUREZA E EVOLUÇÃO DA SUCESSÃO TESTAMENTÁRIA

Cedo surgiu na vida civil a ideia de sucessão testamentária, muito embora com características bem diversas do que representa o seu estado atual.

No princípio, e já vimos detidamente, a transmissão *causa mortis* esteve ligada à religião, juntamente com as noções de família e de propriedade. Ao herdeiro passavam os bens, em decorrência natural da continuidade do culto. Enquanto eram atributo da comunidade doméstica, a sucessão foi somente a legal.¹

À medida, porém, que se individualiza a propriedade, sente o homem a

necessidade de se afirmar depois da morte, escolhendo aquele que lhe receba os haveres, em correlação íntima com a indicação de quem possa perpetuar o culto.

Não se conhecendo no direito oriental primitivo vestígios de sucessão testamentária, sua origem é apontada nas civilizações do ocidente. E a noção primeira de transferência por declaração de vontade aparece como um ato de adoção (*adoptio in hereditatem*), que seria a origem genética do testamento.² Um passo à frente é a instituição de um herdeiro, na falta de quem seria *de iure* (o continuador do culto doméstico), encarregado de distribuir os bens àqueles que o *de cuius* indicava, conservando contudo a casa, que fora o centro da família.³

Em Roma, o testamento foi conhecido muito cedo e assumiu feições de tal importância, que Cícero o proclamou o mais grave ato da vida do cidadão. Dele participava toda a comunidade, procedendo-se à sua homologação perante as cúrias reunidas (*in calatis comitiis*), uma vez verificada a inexistência de *heredes sui*, de agnados, e ainda de alguém pertencente à *gens* do testador, a quem os bens devessem caber de direito. A propósito de como a sucessão testamentária começou a concorrer com a sucessão legal, estendemo-nos acima (nº 438, *supra*), e àquela passagem agora nos reportamos. Esta aprovação pelas cúrias restringia aos patrícios a sucessão testamentária, uma vez que os plebeus não tinham assento nos *comitia curiata*. A eles foi, todavia, admitido testar sob outra forma, que já traduz um momento novo da evolução testamentária: por um lado, criou-se o testamento *in procinctu* (aprovado perante o exército formado), e o *testamentum per aes et libram*, fundado na ideia de *mancipatio*, que simbolizava uma espécie de venda, na qual apareciam o *familiae venditor* (testador) e o *familiae emptor* (aceitante da herança), com a interveniência do *libripens* (representando o Estado), em presença de cinco testemunhas. A cerimônia, complexa e formal, terminava com uma declaração verbal do testador (*nuncupatio*), pela qual ratificava o que se fizera, como ato de sua vontade.⁴

Desaparecidos os testamentos comiciais, e popularizada a sucessão testamentária, afirmou-se o princípio da livre disposição. Não se conhece o momento preciso em que isto ocorreu. Posto que contestado por boas autoridades, faz-se remontar essa reforma ao Direito Decenviral, afirmando-

se a presença do testamento na *Tabula V*, 3, cujo texto, na reprodução da *Lex XII Tabularum*, assim dispunha: *Uti legassi super pecunia tutelave suae rei, ita ius esto*.⁵ E já a *Tabula* seguinte (V. 4) revela a distinção relativamente à sucessão *ab intestato*: *Si intestato moritur cui suus heres nec escit adgnatus proximus familiam habeto*.

Duas consequências provêm desta evolução do testamento no Direito Romano: a) a primeira é que não realizava nem produzia efeitos jurídicos, sem a instituição de herdeiro que era o seu verdadeiro conteúdo e sua função social.⁶ Esta exigência jusromanista percutiu em nosso direito anterior ao Código Civil de 1916 defendida por Valasco e Lobão, posto contestada por Mello Freire, Corrêa Teles, Gouvêa Pinto, Trigo de Loureiro, Clóvis Beviláqua; b) e a segunda, que as duas formas de sucessão (intestada e testamentária) não podiam conviver: ou morria alguém *testatus*, e a sua sucessão obedecida ao que determinava por vontade solene, ou falecia *intestatus* e se seguiam os princípios da sucessão legal. Descabia, e era vedado, dispor de parte dos bens, fulminada a hipótese na parêmia: *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. A regra não seria, porém, absoluta senão para os civis (*in paganis*), não abrangendo, portanto, o testamento militar.

Ambas as consequências haveriam de sobreviver aos tempos, e influir fundamente em todo o direito ocidental, como adiante se verá.

Com o crescimento e progresso de Roma, com o acúmulo das fortunas, e com o desprestígio que sofreu o culto dos deuses lares, vulgarizou-se o testamento. E obviamente simplificou-se. Acentuado foi o seu caráter nitidamente individual, quando as figuras do *familiae emptor* e do *libripens* foram convertidas em testemunhas, segundo a elaboração pretoriana, que elevou o número destas a sete.⁷

No Baixo Império foram reconhecidas duas formas de disposição: o *testamento privado*, que procedia diretamente do *testamentum per aes et libram* e do pretoriano; e o *testamento público*, consistindo numa declaração verbal perante as autoridades judiciárias (*testamentum apud acta conditum*) ou num escrito (*testamentum principis oblatum*) entregue à guarda do príncipe.⁸

O Direito justinianeu consagra a mesma dualidade formal: o testamento escrito *ex iure honorario* ou do direito pretoriano (*Institutas*, Livro II, Título X,

§§ 1º a 3º); e o testamento verbal *ex iure civili*, nuncupada a vontade perante sete testemunhas (*Institutas*, loc. cit., § 14).

O Direito germânico antigo não conheceu o testamento propriamente dito. Não lhe foi estranha, todavia, uma instituição próxima – a *affatomia*, da lei sálica – pela qual era escolhido um amigo por aquele que não tinha herdeiros, para suceder nos seus bens; entregava-se-lhe uma festuca (ramo simbólico ou lança) e sua restituição ao disponente representava o fato de vir somente pela morte deste a receber-lhe o patrimônio.⁹

Nosso direito anterior ao Código Civil de 1916 consagrou nas *Ordenações* as velhas modalidades testamentárias que o chamado *Breviário de Alarico* (*Lex Romana Wisigothorum*) adotara: aberto ou público, cerrado ou místico, particular ou ológrafo, nuncupativo ou por palavras (*Ordenações*, Livro IV, Título 80), a que acresciam os juristas outras espécies, como marítimo, de pai para filho, *ad pias causas*, *inter liberos*, *rure factum*, *tempore pestis*, conjuntivo ou de mão comum.¹⁰

Por outro lado, o poder crescente do clero impunha tais exigências a uma sociedade eminentemente cristã, que tornava quase obrigatórias as deixas a favor da Igreja,¹¹ através de testamento que se fazia perante o pároco, em presença de duas testemunhas.¹²

A título de coibir os abusos clericais e defender as tradições lusas, contra os excessos de romanismo, o Marquês de Pombal baixou as Leis de 25 de junho de 1766 e 9 de setembro de 1769, a primeira, anulando os testamentos em favor de quem os escrevesse ou sugerisse, ou das corporações a que pertencesse, ou feitos por pessoas gravemente enfermas; e a segunda, reforçando a sucessão legítima. A legislação pombalina foi suspensa em parte pelo Decreto de 17 de julho de 1778.

Não é de admirar a multiplicidade das controvérsias dividindo os nossos escritores a respeito de toda a sorte de questões, tais como a instituição de herdeiro como necessária à validade do testamento; a proibição de dispor parcialmente do patrimônio; resistência à sucessão testamentária em si mesma; liberdade de dispor em testamento etc.¹³

Quando foi elaborado o Código Civil de 1916, cuidou-se de imprimir à sucessão testamentária orientação segura e simples: as duas modalidades de

sucessão convivem, sendo lícito dispor de parte dos bens ou da sua totalidade; é livre a instituição de herdeiro ou a distribuição de bens em legados; é reconhecida a liberdade de testar, na falta de herdeiros necessários; é facultado gravar os bens de cláusulas restritivas, mesmo quanto às legítimas; é franqueada a substituição do favorecido. O Código Civil de 2002 manteve, em linhas gerais, os mesmos princípios; mas incluiu o cônjuge sobrevivente entre os herdeiros necessários (art. 1.845) e condicionou a oneração das legítimas à menção, pelo testador, de uma “*justa causa*” (art. 1.848).

Em linhas gerais, podemos remontar ao conceito acima enunciado (nº 438, *supra*), para definir a sucessão testamentária como aquela que se dá em obediência à vontade do defunto, prevalecendo, contudo, as disposições legais naquilo que constitua *ius cogens*, bem como no que for silente ou omissivo no instrumento (Código Civil de 2002, arts. 1.788 e 1.789). Em contraposição, diz-se legal ou legítima a sucessão que obedece exclusivamente ao imperativo da lei, seja por não haver, seja por não prevalecer o testamento. E como as duas modalidades podem coexistir, poderá uma sucessão ser legal na parte em que não existam ou não prevaleçam as disposições de última vontade, e testamentária na parte em que a estas obedece.

Doação “mortis causa”. Nosso direito anterior, com apoio no Romano, que ao longo do tempo o consagrava e disciplinava, conheceu três modalidades de transmissão de bens *mortis causa* por ato de vontade: testamento, pacto sucessório e doação. O primeiro, de boa tradição, vive e se desenvolve no direito moderno. O segundo, embora sobreviva no direito alemão, desapareceu do nosso a partir da Lei de 22 de setembro de 1828.¹⁴

Resta uma palavra a propósito da *donatio mortis causa*. Praticada como uma doação, dotada, portanto, dos requisitos deste contrato, destinava-se a produzir efeitos após a morte do doador.¹⁵ Em respeito à tradição nacional, o Projeto Beviláqua a ela se referiu, para sujeitá-la às normas da sucessão testamentária (Projeto, art. 1.307). Aprovada emenda supressiva do Deputado F. Tolentino, o Código de 1916 omitiu a doação por causa de morte, que destarte desapareceu de nosso direito. No regime do Código Civil de 1916 e no do Código Civil de 2002, ela não tem cabimento, porque somente há cogitar da sucessão legítima e da testamentária, limitada esta às formas adotadas de modo taxativo (*numerus clausus*, do art. 1.631 do primeiro e dos

arts. 1.862 e 1.886 do segundo). Admitindo, porém, a doação *propter nuptias* como a que beneficia a prole de determinado casal (v. nº 232, *supra*, vol. III), concilia-se o instituto da doação com a sucessão por morte, porque poderão os seus efeitos ocorrer depois da abertura da sucessão do doador.¹⁶

Cumpre, todavia, observar-se que, neste caso especial, a doação não se realiza com caráter *mortis causa*, mas vem subordinada à condição legal (requisito) de se lhe seguirem as bodas – *si nuptiae fuerint secutae*; o efeito posterior à morte do doador será, portanto, mera coincidência, que não interfere com a natureza jurídica do ato.

Inclui-se, também, entre atos lícitos, a “partilha em vida” (*diviso parentum inter vivos*) efetuada sob a forma de doação aos filhos (Código Civil de 1916, art. 1.776; Código Civil de 2002, art. 2.018), de tradição romana, aplaudida modernamente.¹⁷ A ela retornaremos quando apresentarmos as formas de partilha (nº 489, *infra*).

Pacto sucessório. A sucessão pactícia encontra a mais viva repulsa, seja no fato de somente se admitirem como formas de dispor os testamentos e codicilos, seja na regra proibitiva formal de quaisquer contratos que tenham por objeto herança de pessoa viva (Código Civil de 1916, art. 1.089; Código Civil em vigor, art. 426), seja ainda na condenação moral que lhe opõem os doutos.¹⁸ São proibidos hoje os testamentos coletivos, notadamente aqueles que se autorizavam no passado, sob formas de testamentos simultâneos, conjuntos ou correspectivos. Não vale, pois, o testamento de mão comum; nem aqueles que, posto sejam redigidos em instrumentos distintos, vinculem a declaração testamentária à de outro testador.

453. LIBERDADE DE TESTAR E HERDEIROS NECESSÁRIOS

O princípio da liberdade de testar remonta ao Direito romano, onde era o corolário natural da instituição do *pater familias*.¹⁹ Já vimos que os filhos, enquanto *in potestate*, eram *heredes sui et necessarii*. Emancipados, perdiam essa qualificação, e já não sucediam ao pai. Era, então, o testamento que lhes devolvia o direito de herdar, valendo a disposição voluntária como norma jurídica, segundo enfaticamente enunciava a *Tabula V*, 3: *Pater familias uti de pecunia tutelave suae rei legassit ita ius esto*.²⁰

Aí nasceu a liberdade de testar, que não se tornou plena, senão quando enfraqueceu a primitiva rigidez dos vínculos *familiares*.²¹

No Direito romano foram-lhe opostas restrições, seja através do instituto pretoriano da *bonorum possessio contra tabulas*; seja quando erigiu, em requisito de validade do testamento, a alternativa de instituir ou deserdar, se existiam herdeiros necessários; seja quando admitiu a *Lex Falconia* que se opusesse a *querella inofficiosi testamenti*.²²

O certo é que o direito justinianeu consagrou o princípio, subordinado embora ao respeito ao direito dos filhos (*Institutas*, Livro II, Título 18).

Em nosso Direito anterior ao Código Civil de 1916 vigorava o conceito da liberdade limitada, não podendo o testador dispor de mais de um terço de seus bens, quando houvesse herdeiros necessários.

Ao se votar o Código de 1916, foi proposta emenda ao Projeto Beviláqua, abolindo qualquer restrição, o que provocou acirrados debates. Aprovada no Senado, foi rejeitada na Câmara dos Deputados.²³

Prevaleceu, afinal, a norma restritiva; assim, no sistema daquele Código, o testador que tivesse descendente ou ascendente não poderia dispor, em doação ou testamento, de mais da metade de seus bens; a outra metade pertenceria, de pleno direito, ao descendente, em sua falta ao ascendente, dos quais constituía a legítima (Código Civil de 1916, art. 1.721). A eles era, então, reconhecida automaticamente a condição de herdeiros necessários ou legitimários, conceito que difere do romano, como visto acima (nº 430). O Código Civil atual adotou, em linhas gerais, os mesmos princípios, inclusive no tocante à fração de que o testador pode dispor no ato de última vontade (art. 1.789); mas inseriu o cônjuge sobrevivente (e, ao ver do atualizador deste volume, também o companheiro) entre os herdeiros necessários.

Diversos são os argumentos – de ordem econômica, psicológica e sociológica – com que se procura defender a liberdade ampla de testar, argumentos que se repetem, por quantos versam o assunto, já sustentado pelo democratismo extremo de Montesquieu e pelo liberalismo econômico de Stuart Mill e Le Play.

Como preceito de ordem pública, não pode sofrer contradita em nosso direito. A nós parece-nos, todavia, que o sistema da liberdade mitigada, tal

como consagrada no Código de 1916 e repetida no de 2002, é o que melhor consulta aos interesses da família. O testador fica com a faculdade de dispor da totalidade de seus bens, em não existindo herdeiros necessários. Mas se os houver, haverá que respeitar as legítimas, e não poderá dispor de mais da metade.²⁴

No Código Civil de 2002, reputam-se herdeiros necessários os descendentes, os ascendentes e o cônjuge (art. 1.845). Aberta a sucessão e separada a meação do cônjuge sobrevivente (se o regime de bens importar na constituição de patrimônio comum), calcula-se a *legítima* levando-se em conta os bens pertencentes ao finado, naquela data, abatidas as dívidas e despesas de funeral (Código Civil em vigor, art. 1.847), os quais são divididos ao meio. A metade do que pertence ao falecido (eventualmente acrescida do valor das doações feitas em vida: art. 2002) é reservada aos herdeiros necessários, sendo atribuída (a) aos seus descendentes inscritos, tais como os filhos havidos fora do matrimônio, sem distinção ou qualificação, inclusive os adotivos, em concorrência eventual com o cônjuge do *de cuius*, se o regime de bens do casal o permitir (Código Civil, art. 1.829, nº I); (b) na falta de descendentes, aos ascendentes, sempre em concorrência com o cônjuge (Código Civil, art. 1.829, nº II); (c) por fim, ao cônjuge sobrevivente (Código Civil, art. 1.829, nº III). E aí cessa a sucessão necessária.²⁵ Os demais herdeiros (legítimos, porém não necessários), não tendo direito a um quinhão obrigatório, são convocados se o defunto for intestado. Na falta de herdeiros necessários, não se deverá falar em cota ou *meação disponível*, pois que, em tal caso, a herança é toda ela disponível.²⁶

Da outra metade (*meação disponível*), pode o falecido dispor livremente (liberdade de testar mitigada), seja por atos *inter vivos*, seja em testamento.

Vigorando, pois, em nosso direito o princípio que restringe a liberdade de testar à metade dos haveres do morto, e simultaneamente assegura aos herdeiros necessários uma quota que era indisponível pelo defunto, fica-lhes também conferida a faculdade de promover a ineficácia ou redução das liberalidades que excederem aquela meação (v. nº 478, *infra*).

Em dispositivo de redação infeliz, o Código Civil de 2002 estatui que a legítima “não poderá ser incluída no testamento” (art. 1.857, § 1º). Trata-se, na crítica procedente de Zeno Veloso,²⁷ “de uma fórmula um tanto equívoca,

e que não traduz a realidade”, pois o que se pretendeu dizer foi que ao testador não se permite *dispor* de mais da metade da herança, como se lê nos arts. 1.789 e 1.846; mas – observa aquele autor – “incluir” a legítima “o testador, eventualmente, até precisará fazer, se quiser privar tais herdeiros de sua legítima, ou deserdá-los, como faculta o art. 1.961”.

A “inclusão” da legítima em testamento (que o dispositivo em foco aparentemente proíbe) também poderá ocorrer nas hipóteses dos arts. 2.014 e 2.018 do Código Civil atual.²⁸

453-A. A LEGÍTIMA SEGUNDO UMA ABORDAGEM CIVIL-CONSTITUCIONAL

Na linha de investigação sugerida pelo chamado *direito civil constitucional* (vol. I destas *Instituições*, nº 4), cabe dizer que as restrições legais impostas à liberdade de testar, em benefício dos herdeiros necessários, podem ser vistas como a realização de *valores constitucionais*, como o da proteção à família (CF, art. 226), da dignidade da pessoa humana (art. 1º, nº III) e da solidariedade (art. 3º, nº I). “A família”, escreve Ana Luiza Maia Nevares,²⁹ “assim como os demais agrupamentos sociais, passa a constituir uma formação social voltada para a pessoa de seus componentes, sendo instrumento para a promoção da dignidade da pessoa humana. Neste sentido, a legítima adquire especial relevo, pois desempenha, para os membros da família, a função de instrumento para a concretização de uma vida digna, uma vez que estabelece mecanismos econômicos capazes de libertá-los de suas necessidades”.

A autora, porém, ressalta que, assegurada a liberdade de testar (ainda que sujeita a certos limites), ficam igualmente preservados os princípios constitucionais do direito de propriedade (art. 5º, nº XXII) e da livre-iniciativa (art. 1º, nº IV). E conclui que, desse modo, “o instituto da reserva hereditária (...) concilia a liberdade e a solidariedade no âmbito do Direito das Sucessões”.³⁰

Acrescente-se – em prol dessa percepção da legítima como a expressão de princípios constitucionais – que a herança necessária atua ainda como fator assecuratório (em certa medida) da *igualdade entre os filhos* (CF, art. 227, §

6º). Se à faculdade de testar correspondesse uma liberdade absoluta e irrestrita, poderia o testador tratar desigualmente os filhos, aquinhoando apenas um ou alguns, em detrimento de outro(s), que nada recolheria(m). A reserva, nesse aspecto, assegura uma igualdade *mínima*,³¹ com a qual a Constituição se satisfaz, em atenção à ideia de proporcionalidade.

CAPÍTULO CV

DO TESTAMENTO

Sumário

454. Conceito de testamento. **454-A.** Testamento biológico. **455.** Capacidade para testar. **456.** Capacidade (legitimação) para adquirir por testamento.

Bibliografia

Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. I, n^{os} 25 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 54 e segs.; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, n^{os} 313 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, n^{os} 281 e segs.; Teixeira de Freitas, *Tratado dos Testamentos e Sucessões* (adaptação da obra de Gouvêa Pinto ao foro brasileiro), págs. 9 e segs.; Ferreira Alves, *Do Direito das Sucessões*, in *Manual do Código Civil Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. XIX, n^{os} 9 e segs. e 169 e segs.; Lacerda de Almeida, *Sucessões*, págs. 187 e segs.; Orlando Gomes, *Sucessões*, 15^a ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Farias, n^{os} 70 e segs.; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 2^a ed., Borsoi, 1968, t. LVI; Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, págs. 283 e segs.; Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, págs. 8 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, §§ 92 e segs.; Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. III, §§ 202 e segs.; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, n^{os} 1.819 e segs.; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, n^{os} 1.330 e segs.; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t.

VIII, vol. II, n^{os} 786 e segs.; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 43^a ed., Cedam, 2007, n^o 179 e segs.; Colin et Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, n^{os} 1.129 e segs.; Vittore Vitali, *Delle Successioni*, vol. I, n^{os} 81 e segs.; Antonio Cicu, *El Testamento*, págs. 9 e segs.; Francesco Galgano, *Il Negozio Giuridico*, 2^a ed., Giuffrè, 2002, t. I, do *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* de Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, vol. III; Roberto Triola, *Il Testamento*, Giuffrè, 1998; Lina Bigliazzi Geri, “Il Testamento”, in *Trattato di Diritto Privato* de Pietro Rescigno, 2^a ed., UTET, 2000, t. II, vol. 6; Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, 2^a ed., Giuffrè, 2002, t. I; Stefano Delle Monache, *Testamento*, Giuffrè, 2005; Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, Saraiva, 4^a ed., 2002; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, 4^a ed., Forense, 2004, vol. XXI; Zeno Veloso, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, 2003, vol. 21; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, 14^a ed., Atlas, 2014; Débora Gozzo, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, Forense, 2004, vol. XVI; José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*, Atlas, 2003, vol. XVIII; Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “Capacidade para testar, para testemunhar e para adquirir por testamento”, in *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*, coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira, Del Rey, 2004; Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, 3^a ed., RT, 2013; Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito das Sucessões*, 2^a ed., Atlas, 2015.

454. CONCEITO DE TESTAMENTO

Deixou-nos o Direito Romano a noção de testamento, que gira em torno do étimo, segundo Aulo Gélío: *Testamentum ex eo appellatur quod testatio mentis est*. Clássica é a definição de Modestino, perpetuada no *Digesto*, Livro 28, Título 1, fr. 1^o: *Testamentum est voluntatis nostrae iusta sententia de eo quod quis post mortem suam fieri vellit* – a qual não distoa de Ulpiano: *Mentis nostrae iusta contestatio in id solemniter facta ut post mortem nostram valeat*.

Com base no que dispunha o art. 1.626 do Código Civil de 1916, formulamos este conceito: *testamento é o ato pelo qual uma pessoa dispõe de*

seus bens para depois de sua morte, ou faz outras declarações de última vontade. O Código Civil de 2002 não chega a defini-lo, mas lhe aponta as características essenciais nos arts. 1.857 e 1.858, que não destoam daquelas indicadas em nosso conceito, o qual, portanto, não perdeu sua atualidade.

Expressando-nos assim, definimo-lo sucintamente, sem a preocupação de enunciarmos, desde logo, os seus caracteres, destacando, porém, a sua ideia central, como disposição de vontade para produzir efeitos num tempo posterior à morte.³²

Caracteres jurídicos. Segundo os elementos definidores, e na conformidade dos princípios legais e doutrinários, fixamos os seus caracteres:

1. *Negócio jurídico.* Tendo em vista que o testamento se constitui de uma declaração de vontade, destinada à produção dos efeitos jurídicos, queridos pelo disponente, inscreve-se como negócio jurídico.³³ É considerado mesmo, por Barassi, como negócio jurídico típico, do que porém discorda Biondi.³⁴ Mas negócio *mortis causa*, porque se existe sucessão sem testamento, este não tem eficácia sem a ocorrência do fato da morte do *de cuius*.³⁵ Dentro da noção que adotamos do ato negocial (nº 82, *supra*, vol. I), e de sua especialização dentro do conceito genérico de ato jurídico, é exata cientificamente a sua classificação como negócio jurídico.

2. *Unilateral.* O testamento perfaz-se com uma emissão de vontade. Mesmo no Direito romano, a dualidade subjetiva – *familiae venditor e familiae emptor* – desapareceu, para dar lugar à declaração volitiva do testador. E no direito moderno, a vontade apta é apenas a deste. Trata-se de declaração não receptícia de vontade (nº 83, *supra*, vol. I), uma vez que se não dirige a alguém, ainda quando seja nomeado testamentário.

A aceitação da herança ou do legado não contraria a unilateralidade, que é matéria de ordem pública. A aceitação ocorre ulteriormente à abertura da sucessão, não influenciando na feitura nem na eficácia do testamento.³⁶ A distinção é bem nítida, se se atentar em que uma aceitação nula não contamina um testamento válido, da mesma sorte que uma aceitação eficaz não convalida um testamento nulo.³⁷

Efeito da unilateralidade é a rejeição do testamento de mão comum ou conjuntivo, que em nosso direito caduco fora tolerado,³⁸ mas que o moderno

repele sob qualquer aspecto.³⁹ Aliás, ao assunto já nos referimos acima (v. nº 452, *supra*). O Código Civil de 2002, repetindo o anterior, proíbe os testamentos conjuntivos (art. 1.863).

3. *Personalíssimo*. No sentido de que há de ser feito pelo próprio testador, sem a interferência de quem quer que seja. Não permite a participação de outro agente, a qualquer título que seja. E não tem validade quando praticado por um representante legal ou convencional.⁴⁰ Não pode operar um mandatário do declarante, nem como simples portador da cédula já escrita ou da minuta elaborada, mesmo que assinada pelo testador. O personalismo da *voluntas testatoris* vai ao ponto de infirmar a deixa se sofrer o influxo de outrem, como no caso de incumbir a fixação do legado ao arbítrio de terceiro.⁴¹

Ao que não tem capacidade para testar (menor de 16 anos, enfermo ou deficiente mental) é vedado o ato, não se suprimindo a vontade por nenhum meio.

Não vale o instrumento quando realizado com a participação de mais de uma pessoa, descabendo o testamento conjuntivo como o recíproco.

Não contraria, porém, a natureza personalíssima do testamento a participação indireta na sua feitura, como seja o conselho, a opinião de jurista consultado, o auxílio do notário na sua redação, ou outra qualquer ajuda ao testador.⁴² Afina com o personalismo das disposições testamentárias a proibição do testamento coletivo, como vimos acima.

O Código Civil de 2002, em disposição que não encontra exato correspondente no de 1916, declara textualmente o caráter personalíssimo do testamento (art. 1.858).

4. *Gratuito*. Não comporta correspectivo. A disposição que o contenha é inválida. A gratuidade é da essência do ato. E a liberalidade existe, ainda nos legados com encargo.⁴³

5. *Solene*. Em todo tempo, o testamento é ato formal. A manifestação de vontade do testador há de revestir a forma prescrita em lei. O Código Civil de 1916 chegou a inseri-lo na definição do art. 1.626, ao aludir a que o testador dispõe “de conformidade com a lei”. O Código Civil de 2002 não repete a dicção; mas nem por isso deixa de ser verdade que o testamento, em seu

sistema, é negócio jurídico solene, como se extrai das normas que, para cada forma testamentária, descrevem os respectivos requisitos essenciais (arts. 1.864, 1.868 e 1.876). Erigido, pois, o requisito formal *ad substantiam ou ad solemnitatem*, e não apenas *ad probationem*, jamais poderá suprir-se. Preterida alguma formalidade, o ato não tem existência jurídica como testamento.⁴⁴ Mas é bom ressaltar que o requisito de forma tem em vista resguardar a vontade real do declarante.⁴⁵

Sua solenidade não é, todavia, incompatível com a circunstância de se reportar o testador a alguma situação mencionada em outro documento (declaração *per relationem*), em caráter complementar da declaração.⁴⁶

Pode, contudo, ser aproveitado como declaração de vontade para outro efeito. Assim, se o testador reconhece um filho em testamento e este não prevalece por defeito de forma, vale o ato como reconhecimento de paternidade, ou como fundamento para ação investigatória (v. n^{os} 411 e 412, *supra*, vol. V). Mas não comporta ratificação: eivado de defeito de forma, não convalesce; e se o testador o percebe, só lhe resta fazer novo.⁴⁷

Tem-se, contudo, admitido que a nulidade por defeito de forma não impede que o herdeiro cumpra os legados espontaneamente, dizendo-se então que, embora nulo, pode gerar obrigação natural,⁴⁸ não exigível pelo beneficiado, mas que se converte em civil, pelo fato da execução.

6. *Revogável*. Como disposição de última vontade, a rigor, o testamento deveria realizar-se *in extremis*. Não se podendo, contudo, prever quando ocorrerá o instante fatal, ou ignorando a pessoa como venha a se encontrar o seu estado mental no derradeiro transe, considera-se que é última a vontade, desde que não tenha sido modificada. Para caracterizá-lo, diz-se que a vontade testamentária é essencialmente revogável. O Direito Romano proclamava-o mais enfaticamente, considerando-a ambulatoria, isto é, acompanhando o testador até o último momento: *Ambulatoria, est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum* (*Digesto*, Livro 34, Título IV, fr. 4, *in fine*). Não tem lugar, em nosso direito, a discussão, se a revogabilidade é da *essência* ou apenas da *natureza* do testamento. No Código Civil de 1916, tratava-se de elemento essencial, uma vez que integrava a sua definição legislativa (Código Civil, art. 1.626); o Código Civil de 2002, conquanto não tenha repetido a definição, declara que o testamento pode “*ser mudado a*

qualquer tempo” (art. 1.858), conservando, pois, a ideia de sua plena revogabilidade, até a morte do testador. Este conceito importa em que o disponente não tem a faculdade de renunciar à revogabilidade, como princípio de ordem pública que é.⁴⁹ Inválida, portanto, seria a cláusula contrária à sua revogabilidade essencial, denominada pelos autores “cláusula derogatória”. Ela não contamina nem invalida o testamento, mas deve considerar-se não escrita.⁵⁰

Corolário imediato será que o testamento subsequente revoga o anterior (*posterior derogat priori*), ou que a manifestação contrária à sobrevivência do ato implica, necessariamente, em tirar-lhe a eficácia. E independentemente de qualquer justificativa, acrescenta Orosimbo Nonato.

Não tem cabida, entretanto, a *revogação verbal*, a não ser que revista a forma do testamento nuncupativo.⁵¹

Nada impede que se dê a *revogação parcial*, desde que, apenas em parte, estejam as duas cédulas em briga, caso em que sobrevivem e se cumprem as cláusulas compatíveis (Código Civil de 2002, art. 1.970).

7. *Disposição de bens*. O Direito Romano somente reconhecia a validade do testamento quando abrangia a totalidade do patrimônio (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*). Ou o testador dispunha de todos os seus bens ou o ato não valia.

Hoje em dia não mais se discute, havendo o Código Civil atual, na linha do de 1916, cortado as dúvidas, ao permitir que o testador disponha, “da totalidade dos seus bens, ou de parte deles” (art. 1.857). Em consequência, pode o testador instituir herdeiro ou não o fazer; pode deixar legados paralelamente às legítimas ou à sucessão de herdeiros instituídos. Pode ordenar a sucessão testamentária sem prejuízo da legal, compelido tão somente a respeitar os quinhões reservados aos herdeiros necessários. Mas terá de dispor em favor de uma pessoa, não valendo a instituição de coisa ou de animal, como veremos ao tratar da legitimação para adquirir por testamento (nº 456, *infra*). Também, só é lícita a disposição que tenha por objeto os bens do próprio testador. Não vale a de bens de terceiro, ainda que vinculados ao disponente por dependência ou representação legal, ressalvadas as hipóteses dos arts. 1.913 e 1.915 do Código Civil de 2002.

8. *Outras disposições*. Originariamente, o testamento não podia conter

outras disposições que não fossem relativas aos bens. O Código Civil de 2002, em disposição expressa, reconhece validade às cláusulas testamentárias de caráter não patrimonial, ainda que o testador somente a elas se tenha limitado (art. 1.857, § 1º). Assim, permite-se, por via testamentária, o reconhecimento de filho havido fora do casamento (art. 1.609, nº III), como a nomeação de tutor (art. 1.729, parág. único), ou, ainda, determinações sobre funeral. É compatível com o testamento a imposição de obrigações, ou a recomendação a respeito do cumprimento de obrigações do testador.⁵² No Direito italiano, onde a controvérsia campeava (na vigência do Código Civil de 1865) veio a estabelecer-se que não perde o caráter testamentário o documento que se adstrinja a declarações não patrimoniais;⁵³ e a doutrina passou a identificar tais declarações como o “conteúdo atípico do testamento”, segundo expressão cunhada por Giampiccolo.⁵⁴

Nosso Código Civil, encerrando quaisquer controvérsias, deu razão aos que, na vigência do anterior, sustentavam que o testamento comporta “outras disposições de última vontade”, além das de cunho exclusivamente patrimonial.⁵⁵ Revelavam-se demasiado tradicionalistas os que negavam caráter testamentário a tais declarações. Num ponto, todavia, a ressalva é pertinente: a faculdade de estabelecer disposições não patrimoniais não é arbitrária. São possíveis, tão somente, as de caráter pessoal ou familiar.⁵⁶ E podem vir conjuntamente com disposições patrimoniais sob a forma de mera cláusula, ou esgotar a totalidade da declaração, caso em que o testamento ficará adstrito a tal finalidade.

Por testamento, pode-se, ainda, dispor, no todo ou em parte, do próprio corpo (Código Civil de 2002, art. 14), instituir uma fundação (art. 62) e o condomínio edilício (art. 1.332).

9. *De última vontade.* É fundamental no testamento esta característica, pois é ela que empresta ao ato a sua feição própria. Destinando-se a produzir efeitos *post mortem*, traduz o querer extremo do testador, qualquer que seja o tempo decorrido até a data do óbito.⁵⁷ O ato dispositivo que gere efeitos em vida do declarante não é testamento.

454-A. TESTAMENTO BIOLÓGICO

A palavra testamento é tradicionalmente usada, no direito brasileiro como no de outros países, para designar o negócio jurídico *causa mortis*, com as características e fins oportunamente assinalados (nº 454, *supra*). Com pequenas variantes em suas respectivas definições, é nesse sentido que ela figurava no Código Civil de 1916 (art. 1.626) e ainda hoje aparece em diplomas de outros países, tais como, por exemplo, o Código Civil francês (art. 895), o italiano (art. 587) e o português (art. 2.179º, 1). Mesmo em ordenamentos onde não se colhe qualquer definição legal, é em sentido análogo que o termo vem habitualmente empregado;⁵⁸ isso também ocorre no sistema do Código Civil de 2002, o qual, sem defini-lo, indica, porém, suas características essenciais (arts. 1.857 e 1.858), coincidentes com aquelas presentes em definições que se leem alhures.

A partir de data mais recente, o substantivo passou, contudo, a ser também utilizado com sentido essencialmente diverso, quando na companhia dos adjetivos “biológico” ou “vital”. Trata-se de figura que, em realidade, não se insere no campo do Direito das Sucessões, nem pode ser tomada como um verdadeiro testamento,⁵⁹ ao menos em sua acepção tradicional. Escaparia, a rigor, ao âmbito deste volume, por constituir objeto de estudo pelo chamado *Biodireito* (cf. Maria Helena Diniz, *O Estado Atual do Biodireito*, 2ª ed., Saraiva, 2002, págs. 352 e segs.); porém, tendo em vista que a locução já se encontra doutrinariamente consagrada, e que essa nova figura passou a ser também versada em alguns manuais de direito sucessório, parece oportuno dedicar-lhe aqui uma breve notícia, conquanto a matéria, no Brasil, ainda não esteja disciplinada em lei.

Por *testamento biológico* (também chamado *testamento vital*, *instruções prévias* ou *diretivas antecipadas*) se entende o *documento pelo qual uma pessoa física, plenamente capaz, manifesta sua vontade de se submeter ou não a certas técnicas médico-terapêuticas, na hipótese de vir a se encontrar em estado terminal ou de sofrer lesão traumática cerebral irreversível*. Admita-se ainda que, por meio dele, se designe pessoa para administrar os bens do declarante, caso se configure futura incapacidade.⁶⁰

Lei espanhola em vigor desde 2003 se refere às “instruções prévias” como sendo o documento por meio do qual “*uma pessoa maior de idade, capaz e livre, manifesta antecipadamente sua vontade, com o objetivo de que esta se*

cumpra no momento em que não seja capaz de expressá-los pessoalmente, sobre os cuidados e o tratamento de saúde ou, uma vez chegado o falecimento, sobre o destino de seu corpo ou dos órgãos do mesmo". A lei possibilita ao outorgante do documento "*designar, além disso, um representante para que, configurado o caso, sirva como seu interlocutor com o médico ou a equipe sanitária*", na execução das "instruções prévias".⁶¹

Trata-se, como o testamento propriamente dito, de negócio jurídico unilateral, porém, *inter vivos*, porque destinado, em regra, a produzir efeitos em momento *antecedente ao da morte* do declarante.⁶² Sua eficácia não está condicionada (como o testamento) ao evento *morte*, mas sim à configuração de um estado de incapacidade psíquica, *anterior ao óbito*.

Apresenta, todavia, característica comum ao testamento, traduzida na possibilidade de sua revogação, a qualquer momento, por manifestação do declarante. Diversamente, porém, da revogação testamentária (apenas admissível se veiculada por *outro* testamento: nº 476, *infra*), entende-se que o testamento biológico não deva prevalecer, enquanto o declarante conserve sua plena capacidade e a aptidão para expressar sua vontade contrária àquelas instruções,⁶³ ainda que o faça oralmente.⁶⁴

455. CAPACIDADE PARA TESTAR

A validade do testamento está condicionada à apuração de elementos intrínsecos (capacidade do testador, espontaneidade da declaração, objeto e limites desta) e de elemento extrínseco ou formal.⁶⁵ Tudo isto compõe o ato de testar ou de fazer o testamento. De outro modo dito, a *facção testamentária ativa* pressupõe os requisitos externos ou formais, e bem assim os de natureza subjetiva.

Deixando para tratar mais adiante das "disposições testamentárias" e, em capítulo especial, "das várias espécies de testamentos", cogitamos agora somente do *elemento subjetivo*, que em matéria de disposição testamentária obedece a preceituação específica. Compreende os pressupostos de inteligência e vontade,⁶⁶ isto é, o entendimento do que representa o ato, e a manifestação do que o agente quer. Isto sem prejuízo da capacidade genérica para a realização de qualquer negócio jurídico, que de fato é o testamento.⁶⁷ É

de se observar, todavia, que não existe coincidência rigorosa entre a *capacidade civil*, objeto dos arts. 3º e 4º do Código Civil, e a *capacidade para testar* (capacidade testamentária ativa), de que cogita o art. 1.860 do Código Civil. Razões de política legislativa podem conduzir ao reconhecimento da segunda a quem, todavia, falte a primeira: é o que ocorre, no direito brasileiro, em relação aos maiores de dezesseis anos, que, por outro qualquer motivo (art. 5º, parágrafo único), ainda não tenham adquirido a plena capacidade civil (art. 1.860, parágrafo único). Inversamente, se uma pessoa sofrer momentânea ou transitoriamente a perda de sua consciência, não se torna incapaz para os demais atos da vida civil, mas seu testamento é inválido (por falta de “pleno discernimento”, no momento em que testou).

Prima facie, afasta-se a pessoa jurídica, a que falta, mesmo em tese o poder de testar. A matéria é torrencialmente pacífica.⁶⁸ E é conveniente desde logo salientar que a capacidade para dispor em testamento se distingue totalmente da de adquirir testamentariamente (*legitimação*, na linguagem do atual Código). Assim é que o menor de 16 anos e o mentalmente enfermo têm a última, posto lhes falte a primeira (Vitali). Da capacidade para dispor tratamos aqui, e da outra em o nº 456.⁶⁹

O Direito romano tinha sua conceituação própria e rigorista, a propósito de quando era de se verificar a existência da *testamenti factio* ativa, exigindo a capacidade em três tempos: no momento de testar, quando da abertura da sucessão, e ainda *medio tempore*, isto é, por todo tempo decorrido entre um e outro. A falta de capacidade inicial, ou a sua perda ulterior, ainda que temporariamente, percutia na integração jurídica do ato, para invalidá-lo. Com o passar do tempo, verificou-se um abrandamento deste rigor, graças à elaboração pretoriana, e em consequência dispensou-se a apuração da capacidade *in medio tempore*, bastando a contemporânea da feitura do testamento e da sua abertura (*Digesto*, Livro 37, Título XI, fr. I, § 8º – *Exigit Praetor ut is cuius bonorum possessio datur, utroque tempore ius testamenti faciendi habuerit, et cum facit testamentum et cum moritur*).

O direito moderno revela-se menos exigente, contentando-se com a verificação da capacidade no momento em que é feito o testamento (Código Civil, art. 1.861). Se posteriormente o testador incide em incapacidade, o ato não é atingido. Mas, ao revés, se era incapaz quando da testificação, a

capacidade ulteriormente adquirida não convalidará o ato. Assim, o que é capaz testa validamente, ainda que seja interditado depois; mas, reversamente, se ao fazer o testamento não tinha capacidade, testa invalidamente, mesmo que depois adquira a capacidade, como é o caso do menor de 15 anos, cuja declaração de última vontade não se convalida pelo fato de ser ele maior ao tempo de sua morte.⁷⁰

Cumprе esclarecer que a feitura do testamento há de se compreender como a sua perfeição formal. Se a forma escolhida é complexa (como, por exemplo, a do testamento cerrado), há de se levar em conta a data do auto de aprovação pelo notário, não bastando a capacidade quando o testador escreveu a cédula.

O Código Civil não foi feliz ao disciplinar a capacidade testamentária ativa: em seu art. 1.860, excluiu-a dos “incapazes” e dos que, ao testar, “não tiverem pleno discernimento”. A doutrina observa que, ao se referir a “incapazes”, sem elucidar se se trataria apenas dos *absolutamente*, ou se também dos *relativamente* incapazes, o Código poderia levar o intérprete a conclusões extremadas e injustificáveis, como a de negar a capacidade testamentária aos pródigos,⁷¹ cuja incapacidade (relativa) se inspira em motivos muito diferentes daqueles que ditam a incapacidade (absoluta) de menores de dezesseis anos (cf. nº 50, *supra*, vol. I destas *Instituições*).

Há, porém, quem elogie a fórmula atual, declarando-a “mais clara e objetiva que a anterior”.⁷² É possível discordar dessa avaliação crítica, mas, com o advento da Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (em vigor a partir de janeiro de 2016), parece agora fazer sentido a observação de que “só podem testar as pessoas que tiverem pleno discernimento e igualmente os maiores de dezesseis anos”.⁷³ A cláusula “pleno discernimento” passou a constituir, em todos os casos não solucionados pela idade do testador, a pedra de toque para aferir, no direito brasileiro, a capacidade para testar.⁷⁴

Feitas estas considerações gerais, cumpre assentar que a capacidade testamentária é a regra, e somente feridos de incapacidade aqueles de quem a lei a exclui:⁷⁵

1. *Os menores de 16 anos.* Já vimos que são absolutamente incapazes (nº 50, *supra*, vol. I). E é dispensável justificar o preceito. Faltando-lhes o poder

de deliberar (poder querer), não é de ser recebida a sua vontade para produzir consequências *post mortem*. O limite de idade tem de ser severamente observado, não se admitindo a antecipação de um dia sequer.⁷⁶

Excluído o menor de 16 anos, vê-se bem que os menores relativamente incapazes não estão inibidos. E, como o testamento é ato personalíssimo, não tem lugar a assistência do pai ou tutor: há de resultar da vontade do declarante, valendo, pois, se este é relativamente incapaz, quando feito sem a assistência, posto seja esta reclamada para os atos entre vivos. O nosso direito não cria restrições à capacidade do menor entre 16 e 21 anos. O Direito francês admite a testificação, mas limita quantitativamente a disponibilidade à metade do que poderia fazê-lo se fosse maior.⁷⁷

2. *Os mentalmente enfermos ou deficientes*. Até o advento da Lei nº 13.146 (“Estatuto da Pessoa com Deficiência”), nenhuma dúvida poderia existir quanto à inaptidão de tais pessoas para testar, pois o art. 3º, nº II, do Código Civil as declarava *absolutamente* incapazes. O Estatuto, porém, expressamente revogou aquele inciso (art. 123, nº II) e deu nova redação ao art. 4º do Código Civil, passando a situar entre os *relativamente* incapazes “aqueles que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (art. 114). Essa fórmula certamente passou a abarcar todos quantos, na redação original do Código Civil, se encontravam inseridos nos incisos II e III de seu art. 3º, agora revogados.

No sistema da Lei nº 13.146, a deficiência pode abranger “um impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial” (art. 2º). O “impedimento” mental é o que ora nos interessa.

A Lei nº 13.146 dispõe que a deficiência “não afeta a plena capacidade civil da pessoa” (art. 6º) e que “a pessoa com deficiência tem assegurado o direito ao exercício de sua capacidade legal em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 84). Mas o de que cuida o Estatuto, em ambos esses dispositivos, é da capacidade *civil*, a ser devidamente suprida, quando se tratar de pessoa enquadrável no art. 4º do Código Civil (sujeita à curatela: Estatuto, art. 84, § 1º). A lei não cuidou, em nenhum passo, de *capacidade para testar*. E tanto isso é certo que, tendo alterado uma série extensa de dispositivos do Código Civil (e não apenas na Parte Geral), o Estatuto nenhuma alteração promoveu, explicitamente, no Livro do Direito das

Sucessões.

Por isso, entendemos que a Lei nº 13.146 não modificou, no particular, o direito anterior: as pessoas “que, por causa transitória ou permanente, não puderem exprimir sua vontade” (nova redação do art. 4º, nº III, do Código Civil), *continuam impedidas de testar*, pelos motivos desde sempre enunciados neste volume e repetidos a seguir. Entre as que se enquadram nessa nova definição de incapacidade (relativa) certamente estão os mentalmente enfermos.

Portadores de um estado psicopático que lhes retira o discernimento, são destituídos de consciência e de razão. Falta-lhes o pressuposto fundamental da facção testamentária, que é a emissão de vontade livre. Não podendo proceder por si sós na vida de relação, mas devendo agir com a intermediação de curador (Lei nº 13.146, art. 84, § 1º), não têm condições de testar, uma vez que o caráter personalíssimo do ato é incompatível com a participação de terceiro.

Não cabe aqui minudenciar quais os estados patológicos geradores desta incapacidade. O problema é técnico e da competência médica, cujo parecer esclarecerá a Justiça. Não é o médico, evidentemente, quem decide; ele apenas informa ou fornece os elementos de convicção; o juiz julga, com base no parecer clínico, que tem o arbítrio livre de aceitar ou de desprezar.⁷⁸

A questão referente à remissão da loucura, já estudada nestas *Instituições* (nº 50, *supra*, vol. I), desponha novamente na indagação se é válido o testamento feito em *lúcido intervalo*. Dentro de doutrina legal brasileira, não nos parece possa reabrir-se a questão. Não obstante opiniões em contrário,⁷⁹ ter-se-á de proclamar a invalidade do testamento feito num lúcido intervalo da loucura.⁸⁰ O estado patogênico gera a incapacidade, e esta é uma constante que invalida qualquer ato enquanto não obtida a cura definitiva, com o levantamento da incapacidade consequente. Feito, entretanto, o testamento por uma pessoa de mente sã, ele não se invalida se lhe sobrevier a loucura.⁸¹

Ao tomar as declarações do testador, o tabelião porta por fé que ele lhe pareceu sã de espírito (v. nº 458, *infra*). Dê-se que encontre sintoma de insanidade, deverá mencioná-lo. Esta verificação sumária e imediata não induz a evidência da plena sanidade mental.⁸² Nem será lícito ao notário suspender o ato, sob alegação de que o testador tresvariara, pois se tal lhe

fosse permitido, irrogar-se-ia a condição de juiz absoluto do ato, que a ele cabe tão somente legalizar.⁸³

Os interessados em que não prevaleça a disposição de última vontade deverão provar cumpridamente o estado mórbido e sua interferência na vontade. Os defensores do testamento, a seu turno, sustentarão a higidez psíquica, do disponente. E o juiz decidirá em face das provas, dos dados técnicos, dos depoimentos das testemunhas, do contexto mesmo do instrumento.⁸⁴ Concluindo pela enfermidade ou deficiência mental, anula-se o testamento, dada a proibição de testar, ainda que não tenha sido o declarante interditado.⁸⁵

3. *Os surdos-mudos que não puderem manifestar a sua vontade.* O Código Civil de 1916 expressamente retirava dos surdos-mudos a capacidade testamentária ativa (art. 1.627, nº IV). Mas a incapacidade absoluta do surdo-mudo sempre girou em torno da ideia de sua educação, somente considerado incapaz o que se revelava inapto para externar a sua vontade (Código Civil de 1916, art. 5º, nº III). No sistema original do Código Civil de 2002, a incapacidade civil do surdo-mudo, de igual modo, resultava da inaptidão para exprimir sua vontade (art. 3º, nº III); e, sendo incapaz por tal fato, era igualmente incapaz de testar (art. 1.860).

Com as modificações introduzidas pela Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (cf. seu art. 114), os surdos-mudos, se não puderem manifestar sua vontade, serão considerados *relativamente* incapazes (e não mais *absolutamente* incapazes). Mas a inaptidão para expressar a vontade, em caráter *permanente*, retira-lhes, por óbvio, a capacidade para negócios jurídicos de última vontade. Valem para os surdo-mudos, *mutatis mutandis*, as observações antes formuladas sobre a incapacidade testamentária dos mentalmente enfermos após a Lei nº 13.146.

O testamento é ato de vontade, que a ordem jurídica procura a todos os títulos resguardar; se escoreita, prestigia-a; se defeituosa, fulmina o ato.

O surdo-mudo educado pode testar; não pode fazê-lo o que não tenha condições de exprimir a sua vontade.

Diante da redação do art. 1.864 do Código Civil de 2002, já não mais pode prevalecer a opinião, manifestada nas edições desta obra anteriores à vigência do diploma, segundo a qual ao mudo, mas não surdo, tal qual ao surdo-mudo

educado, seria vedada a forma pública. Tal entendimento se baseava na redação dos arts. 1.632, nº I (que inseria, entre os requisitos essenciais daquela forma testamentária, a circunstância de o testamento ser “escrito por oficial público em seu livro de notas, de acordo *com o ditado ou as declarações do testador*”), e 1.635 (“Considera-se habilitado a testar publicamente aquele que puder fazer *de viva voz* as suas declarações e verificar, pela sua leitura, haverem sido fielmente exaradas.”), ambos do Código Civil de 1916; a adoção do testamento público dependia, assim, da comunicação verbal. Podendo agora o testador, de acordo com o Código Civil, “servir-se de minuta, notas ou apontamentos”, e não lhe sendo mais exigível manifestar sua vontade “de viva voz”, ficou também franqueada ao mudo a escolha do testamento público.⁸⁶ Essa interpretação se vê agora robustecida pelo art. 83 da Lei nº 13.146: “Os serviços notariais e de registro não podem negar ou criar óbices ou condições diferenciadas à prestação de seus serviços em razão da deficiência do solicitante, devendo reconhecer sua capacidade legal plena, garantida a acessibilidade”.

Como no sistema anterior, ao surdo, mas não mudo, é lícito testar por qualquer forma, inclusive a pública. Se puder ele mesmo ler o seu testamento, fã-lo-á; e se não puder, designará quem o faça em seu lugar, na presença das testemunhas (Código Civil, art. 1.866).

Não se equipara ao mudo aquele que se exprime com dificuldade, nem ao surdo o que ouve mal,⁸⁷ desde que lhe não falte o sentido da audição.

4. *Os que, ao testar, não tenham pleno discernimento.* Esta é mais delicada e a mais perigosa restrição. Não se cogita, aqui, da menoridade, nem da deficiência ou enfermidade mental capaz de levar à interdição, nem da surdo-mudez desacompanhada da educação para exprimir vontade, que são casos específicos de incapacidade. Cuida-se de ausência de entendimento ou de vontade, no momento de testar, em razão de enfermidade; de obnubilação passageira da mente; de intoxicação etílica, medicamentosa ou provocada por entorpecente ou alucinógeno; de estado hipnótico; ou de qualquer outra causa, inclusive traumática. Na fórmula sintética de Teixeira de Freitas, trata-se daqueles que, por motivos transitórios, estão privados do uso de suas faculdades.⁸⁸ A hipótese compreende as enfermidades mentais temporárias ou parciais, que não chegam a determinar a interdição.⁸⁹ Não será, obviamente,

qualquer estado, mas aquele em que o declarante, ao testar, tenha a mente conturbada a ponto de lhe retirar o pressuposto básico da plena consciência.⁹⁰

A alegação desta incapacidade deve ser recebida com cautela, para que não sirva de estímulo à cupidez, ou de pretexto a atacar um ato efetivamente não marcado de inequívoca ineficácia. O problema da prova agrava-se neste caso, tendo em vista achar-se o testador na zona grisea da inconsciência no momento de dispor.

Velhice. Em particular, há que cogitar da velhice. Em si mesma, não é motivo de incapacidade (v. nº 50, *supra*, vol. I). Mas, se em razão de condições patológicas que a acompanham, como a arteriosclerose, a debilidade mental etc., perturbar-se a lucidez do espírito, erige-se em incapacidade de testar.⁹¹ Não é preciso que a senilidade haja carreado a interdição, pois, se isto acontecer, recai-se na hipótese já estudada de incapacidade específica. Torna-se obstáculo à facção testamentária se determinar a redução do discernimento ao ponto de fazer a declaração de última vontade viciada ou inidônea.⁹² Como se dizia em Direito Romano, toda a questão estará no apurar-se a integridade da mente, não a saúde do corpo: *in eo qui testatur eius temporis quo testamentum facti integritas mentis non corporis sanitas exigenda est* (*Digesto*, Livro 28, Título I, fr. 2). Tem-se visto, com frequência, pessoas longevas conservarem a mais viva lucidez até o transe final, ou enfermos com o corpo minado pela doença ou traumatizado por acidente sem a perda das faculdades do espírito.

Não mais se cogita do que enunciava a Lei de 25 de junho de 1766, que invalidava os testamentos *in extremis*, pois se é certo que vez por outra poderão ocorrer abusos, não se justifica se converta a proibição em regra geral.⁹³

Mulher casada. Não sofre qualquer restrição na capacidade de testar.

Cego. A cegueira não constitui incapacidade testamentária,⁹⁴ senão mera restrição às formas cerrada e particular, que presumem a aptidão para conhecer de *visu* o conteúdo da cédula. Ao que não tem o sentido da visão, somente é dada a forma pública (Código Civil de 2002, art. 1.867). Ao ver do atualizador, a norma não foi tacitamente revogada pela Lei nº 13.146 (“Estatuto da Pessoa com Deficiência”).

Ao cego é equiparado aquele que, por enfermidade, senilidade ou acidente, haja sofrido tal diminuição do sentido visual, que não tenha mais possibilidade de ler o que se acha escrito.

Analfabeto. Embora tenha capacidade, somente poderá testar pela forma pública.

Defeito da vontade. O portador de vontade defeituosa não se equipara ao incapaz, embora lhe esteja próximo. Os vícios ou defeitos do consentimento merecem tratados em particular, ao desenvolvermos a matéria das “disposições testamentárias” (nº 465, *infra*), seguindo, aliás, a orientação do Código Civil atual, que já era a do Código de 1916.

Suicídio. O autoextermínio, em si mesmo, não significa incapacidade, ainda que imediatamente subsequente à testificação; mas poderá ser ponderado como indício de desequilíbrio mental.⁹⁵

Pródigo. Embora situado entre os *relativamente* incapazes (Código Civil, art. 4º, nº IV), ao pródigo apenas se proíbe a realização, sem a assistência do curador, de negócios jurídicos *inter vivos* de disposição patrimonial (art. 1.782). Tem, pois, capacidade para testar, ressalvada a hipótese de a prodigalidade ser resultante de deficiência mental.⁹⁶

456. CAPACIDADE (LEGITIMAÇÃO) PARA ADQUIRIR POR TESTAMENTO

Diferentemente do que ocorria no Código Civil de 1916, que tratava da *facção testamentária passiva* em dispositivos (arts. 1.717 e 1.718) inseridos no Título “Da Sucessão Testamentária”, o Código de 2002 cuidou do tema no Capítulo III (“Da Vocação Hereditária”) do Título “Da Sucessão em Geral”.

O Direito romano distinguia entre a incapacidade (*testamenti factio passiva*) e o recolhimento da herança (*ius capiendi*), que atingia certas pessoas.⁹⁷ Não se confundem as hipóteses e as causas da incapacidade para dispor e para adquirir por testamento.⁹⁸ Devem ser consideradas e tratadas destacadamente. Após expormos as primeiras (nº 455), passamos agora às outras.

Momento a considerar. A capacidade (no sistema do Código Civil atual, *legitimação*) para adquirir por testamento é a do tempo da abertura da sucessão. Se o instituído carecia do *ius acquirendi* quando da feitura do

instrumento, mas não lhe faltou na data do óbito do testador, poderá adquirir; se ao revés veio a se incapacitar no dia da morte do disponente, recusa-se-lhe o poder aquisitivo, ainda que no dia da lavratura da cédula ele não fosse atingido de incapacidade.⁹⁹

Cumpre, ao ensejo, ressaltar a instituição condicional, regulando-se a capacidade aquisitiva pelo tempo de implemento da condição, que é quando ocorre a aquisição do direito.¹⁰⁰

Distinção. Os escritores classificam as incapacidades para adquirir por testamento em *absoluta e relativa*. *Absoluta*, a que tem caráter de generalidade e indiscriminação pessoal; *relativa*, a que atinge pessoas determinadas, que não podem receber por motivos especiais.¹⁰¹

Dentro desta distinção, diz-se que o pressuposto primeiro da capacidade para adquirir por testamento é a *existência*, e, reversamente, que a incapacidade absoluta é a *inexistência*. Para receber, é indispensável que o instituído exista, quer se trate de pessoa física, quer de pessoa jurídica.

Não é, todavia, excluído da testificação passiva o nascituro que, embora *nondum natus*, é, entretanto, *iam conceptus*, pondo a lei a salvo os seus interesses. Trata-se de capacidade condicional, que se consolida pelo nascimento da vida (v. nº 431, *supra*). Caducará, contudo, a instituição se vem a nascer morto, ou se morre antes da abertura da sucessão.¹⁰²

É, todavia, lícita a disposição em favor dos filhos, ainda não concebidos, de determinadas pessoas, designadas e existentes ao abrir-se a sucessão (Código Civil em vigor, art. 1.799, nº I).¹⁰³ Na vigência do Código Civil anterior, em que se aludia à “prole” (art. 1.717), sustentávamos que o conceito deveria ser tomado *stricto sensu* para designar “os filhos” sem compreender descendência mais remota.¹⁰⁴ O texto do atual Código, afastando qualquer controvérsia, consagrou aquele entendimento. Por força da equiparação promovida em sede constitucional (nº 413, *supra*, vol. V), não mais cabe recusar essa legitimação aos filhos adotivos, como outrora e noutros sistemas se propunha.¹⁰⁵

Vigente o Código Civil de 1916, a explicação doutrinária da faculdade de se instituir a prole futura era colocada no campo da substituição fideicomissária (nº 472, *infra*), dizendo Beviláqua que somente no

fideicomisso podia justificar-se.¹⁰⁶ No sistema do Código Civil de 2002, porém, o nascimento com vida do herdeiro esperado atribui ao sucessor os bens da herança *desde a morte do testador* (art. 1.800, § 3º), consequência incompatível com a ideia de fideicomisso (nº 431, *supra*). Trata-se, no sistema em vigor, de legitimação *condicional*.¹⁰⁷

Pessoa jurídica. No caso da pessoa jurídica já constituída, não há considerações especiais a fazer, incumbindo-se da aceitação quem tem os poderes para agir em nome da entidade. Em se tratando de pessoa jurídica de direito externo, pesam restrições, como as que a inibe de adquirir propriedade imóvel no Brasil.¹⁰⁸

Em relação às deixas para pessoa jurídica, ainda não constituída, invoca-se o símile do nascituro,¹⁰⁹ subordinada a capacidade aquisitiva à sua existência legal. Ao propósito, levantou-se em doutrina dúvida relativamente à disposição testamentária para a criação de uma Fundação. Entendeu-se por algum tempo que somente teria eficácia sob a forma de uma substituição ou de legado com encargo. Hoje não há mister mais recorrer-se a este artifício, sendo válida a disposição testamentária com a finalidade específica de constituir a fundação (Código Civil, art. 1.799, nº III), entendendo a doutrina que o fundador é o mesmo disponente (v. nº 62, *supra*, vol. I; e cf., ainda, os irmãos Mazeaud a respeito de se criar a fundação por testamento).¹¹⁰

Pessoa incerta. Não tem, porém, validade a instituição de pessoa incerta, isto é, a que se não pode caracterizar no espírito do testador: *Incerta autem persona videbatur, quam incerta opinione animo suo testator sujiciebat* (*Institutas*, Livro II, Título 20, § 25). A indeterminação que envolve incapacidade aquisitiva é a *absoluta*. A *relativa*, ou seja, quando se possa identificar o favorecido, apesar da imprecisão vocabular ou da errônea nomeação, não invalida a disposição (Código Civil, art. 1.903).

Dentre os casos de incerteza relativa, destaca-se a deixa em favor dos pobres, ou de instituições pias ou beneficentes, que se traduzirá como destinada aos do domicílio do testador, salvo se manifestamente constar que tinha este em mente beneficiar os de outra localidade (Código Civil, art. 1.902).

Mas, dentre os de incerteza absoluta, está a instituição da *alma*, como

legatária ou herdeira, pela ausência de sua personalidade jurídica.¹¹¹

Não se inclui na mesma razão de incapacidade o legado para missas e obras pias, em sufrágio da alma do testador ou de outrem,¹¹² devendo o testamenteiro, ou quem seja disto encarregado, cumprir ou fazer cumprir. Valerá também, com este sentido piedoso, instituir uma fundação, ou destinar bens a alguma já existente (Antonio Cicu).

Somente “pessoas” têm a *testamenti factio* passiva. *Coisas e animais* não podem adquirir por testamento, sendo nula ou nenhuma a instituição que os contemple. Ressalva-se, contudo, a disposição em benefício de pessoa determinada, com o encargo relativo a umas ou a outros, como sejam a conservação, tratamento etc.¹¹³ (v. nº 431, *supra*).

Incapacidades relativas. Consideram-se incapazes de adquirir por testamento todos aqueles que, direta ou indiretamente, possam influir na disposição, como sejam (Código Civil, art. 1.801): *a)* o que escreveu o testamento a rogo, ainda que o não haja declarado na cédula, nem seu cônjuge ou companheiro, ou seus ascendentes e irmãos; *b)* as testemunhas instrumentárias da declaração ou do auto de aprovação; *c)* aquele perante quem o testamento for feito, isto é, o oficial público civil ou militar, o comandante, o escrivão. Por motivo de ordem moral, considera-se incapaz o concubino do testador casado (Código Civil, art. 1.801, nº III, de redação, aliás, extremamente infeliz, devendo-se entender que a preferência do legislador pelo gênero masculino abrange tanto o concubino quanto a concubina do testador ou da testadora). A lei ressalva a hipótese de o testador, sem culpa sua, encontrar-se separado de fato do cônjuge há mais de cinco anos.

A referência à culpa é uma ressalva incabível, ou um excesso de puritanismo. Separado de fato o casal por um quinquênio, não cabe apurar de quem a culpa, como se se tratasse de dissolução da sociedade conjugal. O que a disposição veda é que o marido ou a mulher teste em favor de seu (ou de sua) amante. Mas se o casal é separado de fato há mais de cinco anos, não é hora de apurar culpa.

A proibição não incide no caso de o testador estar separado judicialmente. A tese tem sido controvertida com o argumento que a separação não dissolve o matrimônio. Fazendo, contudo, cessar a sociedade conjugal, e separando os

patrimônios, não vigoram após a sua homologação os mesmos motivos de cunho econômico ou moral que obstam a disposição a favor do concubino ou concubina da mulher ou do homem casado. Vigente o Código de 1916, que apenas se referia à concubina do testador casado (art. 1.719, nº III), era pacífico que a proibição não alcançava a concubina do solteiro ou viúvo.¹¹⁴ Não há motivos para agora rejeitar esse entendimento, devendo-se apenas (diante da abrangência da regra tal como redigida no Código de 2002) acrescentar que a vedação tampouco atinge o concubino da testadora solteira ou viúva. Aos divorciados, por óbvio, não se aplica a norma proibitiva.

Regra é que a nulidade das disposições proibidas prevalece, ainda quando simulem a forma de contrato oneroso, ou beneficiem o incapaz por interposta pessoa. Cabe ao interessado dar a prova desta circunstância, por todos os meios; mas tendo em vista a dificuldade dessa evidência, institui-se a presunção irrefragável (*praesumptio iuris et de iure*) da interposição, se o beneficiado for descendente, ascendente, irmão, cônjuge ou companheiro do não legitimado a suceder (Código Civil, art. 1.802), insuscetível, portanto, de ser ilidida por prova em sentido contrário.¹¹⁵ Como salienta Ferreira Alves, toda pessoa que tenha interesse na anulação pode mostrar que o instituído não passa de pessoa interposta, incumbida de transferir a herança ou o legado ao não legitimado.¹¹⁶

Acolhendo jurisprudência há muito consolidada no Supremo Tribunal Federal (verbete nº 447 da *Súmula*), o Código de 2002 declara válida a deixa testamentária ao filho do concubino, quando também o for do testador (art. 1.803).¹¹⁷ Mas se se tratar de filho apenas do concubino, e não de filho comum, incide a proibição.

A disposição (art. 1.801, nº III) tem em vista o concubinato na pendência do casamento ou nos cinco anos que se lhe seguirem. Não se refere à mancebia de quem esteja separado de fato do outro cônjuge, caso em que não vigora a proibição para dispor em benefício do amásio ou da amásia.

O nosso direito anterior ao Código Civil de 1916 mencionava numerosos outros casos de incapacidade para adquirir por testamento, como ainda se dá em sistemas jurídicos estrangeiros, mas que não prevaleceram naquele diploma,¹¹⁸ nem no Código que o revogou.

CAPÍTULO CVI

FORMAS DE TESTAMENTOS

Sumário

457. Generalidades sobre as formas testamentárias. Testemunhas. **457-A.** Evolução das formas testamentárias: tendência à simplificação. Interpretação das normas sobre formas testamentárias. **458.** Testamento público. **459.** Testamento cerrado. **460.** Testamento particular. **461.** Testamento marítimo e aeronáutico. **462.** Testamento militar. **463.** Testamento nuncupativo. **464.** Codicilo.

Bibliografia

Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. I, n^{os} 155 e segs.; Teixeira de Freitas, *Testamentos e Sucessões*, §§ 60 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 59 e segs.; id., *Código Civil*, vol. VI; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, n^{os} 380 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, n^{os} 368 e segs., e vol. II, n^o 539; Lacerda de Almeida, *Sucessões*, §§ 33 e segs.; Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, págs. 95 e segs.; Cândido de Oliveira Filho, *Direito das Sucessões*, págs. 290 e segs.; Orlando Gomes, *Sucessões*, 15^a ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, n^{os} 80 e segs.; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3^a ed., Borsoi, 1970, t. III; t. LVI, RT, 3^a ed., 1984; e t. LIX, RT, 3^a ed., 1984; Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, *Curso de Direito Civil*, 38^a ed., Saraiva, 2011, vol. VI; Zeno Veloso, *Testamentos*, 2^a ed., CEJUP, s.d.; Ludovico Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, n^{os} 118 e

segs.; Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, n^{os} 10 e segs.; Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. II, §§ 239 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, § 96; Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, n^{os} 1.945 e segs.; Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, n^{os} 960 e segs.; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. VIII, vol. II, n^{os} 851 e segs.; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 43^a ed., Cedam, 2007, n^{os} 181 e segs.; Enneccerus, Kipp *y* Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. I, §§ 12 e segs.; Colin *et* Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, n^{os} 1.141 e segs.; Vittore Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. III, págs. 275 e segs.; Antonio Cicu, *El Testamento*, págs. 52 e segs.; Vialleton, *Les Successions*, págs. 179 e segs.; Cian *e* Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, 8^a ed., Cedam, 2007; Paul Piotet, *Précis de Droit Successoral*, 12^a ed., Staempfli, 1988; Francesco Galgano, *Il Negozio Giuridico*, 2^a ed., Giuffrè, 2002, t. I do *Trattato di Diritto Civile e Commerciale* de Cicu-Messineo-Mengoni-Schlesinger, vol. III; Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, 2^a ed., Giuffrè, 2002, t. I; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, 4^a ed., Forense, 2004, vol. XXI; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, 14^a ed., Atlas, 2014; Zeno Veloso, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, 2003, vol. 21, e “Testamentos – Noções Gerais; Formas Ordinárias; Codicilo; Formas Especiais”, in *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*, coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka *e* Rodrigo da Cunha Pereira, Del Rey, 2004.

457. GENERALIDADES SOBRE AS FORMAS

TESTAMENTÁRIAS.TESTEMUNHAS

Numerosas têm sido, através da História, as espécies testamentárias. Na sua atualidade, não comportam as disposições de última vontade senão estas que o Código Civil de 2002 menciona por expresse (arts. 1.862 e 1.886). São testamentos *ordinários* o público, o cerrado e o particular; e são *especiais* o marítimo, o aeronáutico e o militar. E, num arremate do que já temos referido a propósito do seu caráter personalíssimo (n^o 454, *supra*),

proíbe o legislador o testamento conjuntivo, seja *simultâneo*, *recíproco* ou *correspectivo* (art. 1.863). Diz-se *simultâneo* o que no direito pré-codificado se apelidava “de mão comum”, figurando no mesmo instrumento duas pessoas (normalmente marido e mulher), cujas declarações beneficiavam um terceiro; *recíproco* aquele em que os testadores se nomeiam um ao outro, instituindo-se herdeiro o que sobreviver; *correspectivo* quando contenha disposições feitas em retribuição de outras correspondentes.¹¹⁹ Mas a coincidência de declarações em testamentos análogos (*e.g.*, se o marido testa em favor da mulher e esta no dele) não é condenada, por não atentar contra os princípios que definem os caracteres legais, e não se enquadrar em qualquer das modalidades vedadas: assim já decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdãos antigos e mais recentes (RE nº 16.045, julgado em 22 de setembro de 1950; RE nº 93.603-GO, julgado em 31 de maio de 1994, *Revista de Direito Renovar* 2/105), bem como o Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 88.388-SP, julgado em 5 de outubro de 2000, *Revista dos Tribunais* 787/189).

Ao cuidarmos dos caracteres jurídicos do testamento, salientamos a sua natureza de negócio jurídico formal. A ordem jurídica torna-o *soleníssimo* rodeando-o de exigências que na Antiguidade eram sacramentais, e no direito moderno assumem a qualificação de requisitos *ad substantiam*. O aspecto externo do ato integra de tal modo a manifestação volitiva, que esta será nula em falta de sua rigorosa observância.¹²⁰

O complexo formal ligado a cada tipo testamentário, como observa Orosimbo Nonato, não constitui obstáculo à faculdade de testar, mas tem fundamentalmente em vista preservar a vontade do testador, e se cultiva como garantia e salvaguarda desta faculdade.¹²¹

Quando o legislador cria as exigências de forma, tem em vista preservar a idoneidade psicológica do testador, protegendo a autenticidade da manifestação volitiva contra as insinuações captatórias, deformação e descompasso entre o querer autêntico e a externação do querer – tanto mais graves defeitos quanto irremediáveis, cobertos pela sombra da morte. Não é relevante, portanto, indagar da ocorrência de prejuízo.

É, então, imprescindível seguir o roteiro solene exigido pela lei vigente ao tempo de sua feitura, para cada modalidade. Não cabe aqui nenhum ecletismo. A inobservância das solenidades impostas a um tipo de testamento

não se poderá suprir com a obediência às de outra forma.¹²² Assim, se for aprovado um testamento cerrado por escrevente de cartório, não se aproveita o ato com a cerimônia de publicação, como se se tratasse de testamento particular. No sistema do Código Civil de 2002, não cabe sequer invocar o art. 170, que cuida do fenômeno da *conversão* do negócio jurídico: um testamento cerrado, atingido por nulidade, teria a mesma natureza de um particular – não seria “outro” negócio, como exige aquela norma. Haveria aqui o que doutrinariamente se denomina *conversão formal*, fenômeno situado fora do campo de incidência da regra (Cian e Trabucchi, *Commentario breve al codice civile*, comentário ao art. 1.424, VI; João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial do Negócio Jurídico*, Renovar, 2001, nº 51).

De verdadeira conversão será lícito falar, todavia, no exemplo ministrado por Pontes de Miranda: “O legado em testamento nulo pode ser válido como reconhecimento de dívida” (*Tratado de Direito Privado*, t. LVI, § 5.733, nº 17); mas semelhante observação não infirma o que antes se disse, pois aqui são substancialmente diversos os dois negócios jurídicos.

Revestido o testamento das formalidades concomitantes à sua feitura, é válido, e assim se considera, ainda que outras exigências sejam criadas por lei, antes da abertura da sucessão.¹²³ Em suas “Disposições Finais e Transitórias”, o Código Civil em vigor acentua que a validade dos negócios jurídicos, constituídos antes de sua vigência, “obedece ao disposto nas leis anteriores” (art. 2.035). Assim, os testamentos feitos validamente, em seu aspecto formal, à luz das disposições do Código revogado não são atingidos pela superveniência do diploma atual.

Numa visão de conjunto, três momentos sobressaem na facção testamentária: *a)* a identificação do testador com a declaração; *b)* a espontaneidade da expressão volitiva; *c)* a época da declaração, envolvendo as questões da capacidade do declarante e a subsistência do documento não revogado por outro subsequente.

Tirante a *forma escrita*, que é fundamental, pois que no direito moderno (com a ressalva que se fará oportunamente) não sobrevive o testamento oral,¹²⁴ não há regra uniforme quanto a esses três momentos. Variam os princípios em função da forma adotada. Qualquer delas os enfatiza a seu modo, porque é em torno dessa trilogia que se constroem, para garanti-las, as

exigências formais.

Ligada à ideia da autenticidade instrumental, alguns autores cogitam da *reconstituição do testamento*, em caso de perda ou destruição.¹²⁵ Destacando a restauração da cédula parcialmente dilacerada, consideramo-la perfeitamente viável. Perdida ou destruída, anteriormente ao falecimento, não comporta reconstrução (Mazeaud). Tal seja a ocorrência, subsequente à abertura da sucessão, só excepcionalmente será lícita a reconstituição, pelos riscos que encerra e pela possibilidade de encobrir articulações fraudatórias da vontade do morto. Em princípio, a reconstituição do testamento é incompatível com a solenidade que reveste. A cédula dilacerada sugere a ideia de sua revogação. Ressalva-se, contudo, o testamento público, de que o traslado é mera cópia, e a situação especial do cerrado, a ser examinada adiante (nº 459, *infra*).

Questão, ainda, neste passo, é a da validade do testamento em que o disponente se reporta a pessoa ou coisa mencionada em ato anterior, de natureza testamentária ou não (*implícita nuncupatio*). Vitali, sob a epígrafe *testamento per relazione*, o examina longamente em face do Direito Romano e do Moderno.¹²⁶ Em nosso direito, parece-nos aceitável a ideia, desde que não sejam postergados os requisitos de validade do ato. Assim é que se deve ter como válido o legado deixado “ao primeiro aluno de direito civil do ano da abertura da sucessão” ou a cláusula que reforça de “mais a quantia de X os legados do meu testamento de tal data”. E outras situações análogas.

As modalidades testamentárias variam de sistema a sistema. Ora admitem espécies análogas aos do nosso direito (três formas de testamento ordinário e outras especiais, duas no Código Civil de 1916 e três no atual), ora restringem o seu número, como o BGB, que reconhece apenas o ológrafo e o público, embora admita a variante de testamento militar, ou estando o disponente em perigo do mar.

Antes de passarmos ao exame de cada uma das modalidades de testamento, nos respectivos parágrafos seguintes, devemos uma palavra sobre quem pode e quem não pode servir como testemunha em testamento, dada a importância da matéria em razão da formalização extrínseca do ato.

Testemunhas testamentárias. O Código Civil de 2002 deixou de reproduzir o dispositivo do anterior (art. 1.650) que cuidava especificamente das

testemunhas do testamento – talvez atendendo às críticas dos que o julgavam em parte desnecessário ou defeituoso.¹²⁷ Na ausência de regra especial, a doutrina foi levada a aplicar o art. 228 (da Parte Geral), com resultados manifestamente insatisfatórios.

A Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015 (“Estatuto da Pessoa com Deficiência”, em vigor a partir de janeiro de 2016) trouxe relevantes inovações nessa matéria. Partindo da premissa de que a pessoa com deficiência¹²⁸ “tem direito à igualdade de oportunidades com as demais pessoas e não sofrerá nenhuma espécie de discriminação” (art. 4º), o novo diploma revogou, expressamente (em seu art. 123, nº III), os incisos II e III do art. 228 do Código Civil de 2002, nos quais se excluía a possibilidade de atuação, como testemunhas, de mentalmente enfermos ou retardados, e de cegos e surdos, “quando a ciência do fato que se quer provar dependa dos sentidos que lhes faltam”.

A despeito das boas intenções que nortearam a elaboração da Lei nº 13.146, é duvidoso que a revogação parcial do art. 228 do Código Civil tenha, de algum modo, contribuído para aprimorar a disciplina da matéria aqui examinada. Convém salientar que o art. 228 cuida de testemunhas *que depõem em juízo*, e não de testemunhas *instrumentárias* (sobre a distinção, cf. o volume I desta obra, nº 104), como claramente se deduz da menção a “litígio”, “partes”, “juiz” e “depoimento”, nos incisos IV e V e no parágrafo único (agora, § 1º),¹²⁹ os quais ainda subsistem. Também o art. 80 da Lei nº 13.146 cuida exclusivamente da testemunha *em juízo*, à qual se devem assegurar, se se tratar de pessoa “com deficiência”, “todos os recursos de tecnologia assistiva disponíveis”. É no contexto de *processos judiciais*, e apenas nele, que faz sentido a revogação daqueles dois incisos do art. 228, para possibilitar o *depoimento*, perante um juiz, de pessoas com deficiência.

Em matéria de testamentos, a exigência de testemunhas, em todas as formas testamentárias, constitui meio de assegurar a efetiva *liberdade de testar*, que poderá ficar em grave risco, se uma ou mais testemunhas não forem capazes de, pelos próprios sentidos, acompanhar, passo a passo, e sem restrições de qualquer natureza, todas as etapas em que se desdobra a manifestação de vontade do testador. A respeito da participação das testemunhas do ato de última vontade, escreveu-se, muito a propósito, ainda

na vigência do Código anterior: “Não é o testador que deve vê-las e ouvi-las (...); elas é que devem vê-lo e ouvi-lo. Vendo-o, identificam-no; ouvindo-o, podem, depois, confirmar o que ouviram” (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LIX, § 5.901, nº 1).¹³⁰

Como, porém, não mais subsistem os únicos dispositivos legais que poderiam ser invocados para excluir a participação das pessoas antes discriminadas nos incisos II e III do art. 228 (e ali proibidas de atuar como testemunhas), alguém poderia ser levado a concluir que cegos, surdos e pessoas mentalmente enfermas ou retardadas, a partir da vigência da Lei nº 13.146, poderiam tornar-se testemunhas testamentárias. Ao ver do atualizador deste volume, porém, deve-se evitar semelhante interpretação, limitando-se o alcance da revogação produzida pelo art. 123, III da Lei nº 13.146 (no que diz respeito aos incisos II e III do art. 228 do Código Civil) às testemunhas *judiciais*. Essa limitação, aqui sugerida, parece encontrar apoio no novo § 2º do art. 228, introduzido pela citada nova lei.¹³¹

Na solução dessa e de outras questões que a Lei nº 13.146 suscita, deve-se atentar na justa observação de Pontes de Miranda: “Aqui, os dados da vida prefixam, precisamente, a regra jurídica. Nem por falta de texto, que o proibisse, deixariam os cegos de ser incapazes”, acrescentando aquele autor que, “se é preciso ouvir, surdo não pode testemunhar; se é preciso ver – e isto é indispensável, pela existência de identificação – cego não pode ser testemunha”.¹³²

É preciso ter em mente, para evitar conclusões apressadas, irrefletidas ou até absurdas, que certas restrições impostas às testemunhas em testamento se fundam na mais pura lógica, em razão de que a *testamenti factio* envolve uma série de atos, cerimônias e formalidades que têm de ser acompanhados, efetivamente, pelas testemunhas. Estas não são chamadas simplesmente a assinar o documento, mas devem assistir a tudo, e em condições de reconstituir o que se passe. Pela sua participação direta, presenciam numa situação quase fiscalizadora, que falece aos privados do sentido da visão e da audição, inabilitando-os para o ato.

É de toda conveniência, porém, que o legislador, advertido da lacuna criada pela Lei nº 13.146, acrescente ao texto do Código Civil de 2002, dispositivo específico sobre as testemunhas testamentárias, de modo a evitar a

prevalência de opiniões aberrantes do mais elementar bom senso.

Ainda que se conclua, porém, que a Lei nº 13.146 passou a possibilitar a participação de cegos e surdos como testemunhas em testamentos (conclusão absurda, ao ver do atualizador deste volume), é preciso esclarecer que, para os testamentos realizados entre a entrada em vigor do Código Civil de 2002 e a entrada em vigor da Lei nº 13.146, prevalecem, quanto à sua validade (e, portanto, quanto à aptidão das testemunhas), as regras então em vigor (*tempus regit actum*), aí incluídos, portanto, os incisos II e III do art. 228, agora revogados. Por isso, ao menos quanto aos testamentos feitos *naquele período*, continuam a valer as observações formuladas a seguir, referentes a testemunhas *surdas* (ou *surdo-mudas*).

O Código de 1916 (art. 1.650) situava os *surdos-mudos* entre as pessoas impedidas de servir como testemunhas testamentárias; o Código de 2002, em sua redação original (art. 228, nº III) se referia tão somente aos *surdos*.

Não há dúvida de que a surdez (acompanhada ou não do mutismo) inabilita o indivíduo a participar do ato na qualidade de testemunha instrumentária. A proibição se justifica em razão da exigência da *leitura de viva voz*, que deve ser logicamente acessível aos presentes, em qualquer das formas testamentárias ordinárias (arts. 1.864, nº II; 1.868, nº III; 1.876, §§ 1º e 2º). A aptidão auditiva da testemunha ganha especial relevo na hipótese de testamento *nuncupativo* (nº 463, *infra*), considerando a função ali desempenhada por aquele a quem o testador *oralmente* confiou sua última vontade.

A mudez, segundo a doutrina formada à luz do Código de 1916, era irrelevante, se desacompanhada da inaptidão auditiva: “Os surdos-mudos têm incapacidade como testemunhas testamentárias por não poderem ouvir, e não por serem mudos”, resumia Orosimbo Nonato (*Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. I, nº 287). No mesmo sentido, opinavam Carlos Maximiliano (*Direito das Sucessões*, vol. II, nº 539) e Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, t. LIX, § 5.901, nº 6). Não há por que abandonar tal ponto de vista (ao menos, para os testamentos feitos antes da vigência da Lei nº 13.146), diante da regra do art. 228 (em sua redação original), que se limitava a retirar dos *surdos* (e não de *surdos-mudos*) a capacidade para ser testemunha.

Em circunstâncias especiais, todavia, a testemunha deverá necessariamente ter as aptidões da audição *e da fala*: é o que acontece na hipótese figurada no art. 1.867 do Código Civil de 2002, na qual uma das testemunhas é designada pelo testador a ler o testamento “em voz alta”, após a lavratura do ato pelo tabelião ou por seu substituto legal. Aqui será impensável que *ambas* as testemunhas sejam mudas, pois a falta da segunda leitura, por uma delas, acarretará a nulidade do ato (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.867).

Prosseguindo no exame dos incisos do art. 228 que continuam em vigor (após o advento da Lei nº 13.146), vê-se que neles se proibiu a participação, como testemunhas, das seguintes pessoas: “o interessado no litígio, o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes” (nº IV) e “o cônjuge, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau de alguma das partes, por consanguinidade, ou afinidade” (nº V).

A aplicação de tais restrições em matéria de testemunhas *testamentárias* põe à prova aquela criatividade interpretativa de que fala o autor destas *Instituições* (cf. Prefácio, *supra*), por se tratar de regras ostensivamente concebidas para as *testemunhas que depõem em juízo*, e não para as que participam do ato. As razões inspiradoras da proibição a que o “amigo íntimo” e o “inimigo capital” deponham em juízo não se reproduzem no âmbito de sua eventual participação como testemunhas testamentárias; nem há por que negar, em princípio, a parente ou cônjuge *do testador* a qualidade de testemunha, se um ou outro não for instituído, *pelo mesmo instrumento*, herdeiro ou legatário.¹³³ Mas a tais exageros se chegará, se o intérprete quiser solucionar o problema valendo-se exclusivamente do art. 228.

A solução parece estar, em parte, no art. 1.801 do Código Civil de 2002: se à testemunha testamentária falta legitimidade para suceder por testamento, daí se extrai a absoluta incompatibilidade entre ser, concomitantemente, testemunha e sucessor testamentário. Continua a ser verdade, pois, que tanto o herdeiro, quanto o legatário estão impedidos de figurar como testemunhas *no testamento mediante o qual um ou outro tenha sido nomeado*; não, contudo, *noutro testamento* (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LIX, § 5.902, nº 3). O impedimento a que o sucessor testamentário seja também testemunha deve ser colhido no art. 1.801, e não no art. 228, nº IV (em sentido

diverso, porém, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 11.7.1).¹³⁴

Nas edições deste volume anteriores ao Código Civil em vigor, dizia-se que o amigo íntimo poderia tomar parte no ato, na qualidade de testemunha; não há razões para agora discrepar de tal opinião, assim como não existem motivos razoáveis para supor que um inimigo figadal do testador venha a ser chamado a intervir como testemunha –, mas, mesmo que o seja (!), em virtude de circunstância fortuita, daí não resultará nulidade, exatamente porque não incide o art. 228, nº IV.

Se o art. 1.801, nº II, supre (parcialmente) a ausência de dispositivo correspondente ao art. 1.650 do Código revogado, resta indagar se, no sistema em vigor, continuam impedidos de ser testemunhas os familiares e o cônjuge do sucessor testamentário. Tanto quanto a do próprio herdeiro ou legatário, a participação de pessoas que lhe sejam muito próximas (por casamento, parentesco ou afinidade) poderia pôr em sério risco a liberdade de testar. Conforme explicado em edições desta obra anteriores ao atual Código, o impedimento aqui se justifica pelo interesse que têm tais pessoas e pela possibilidade, ainda que remota ou meramente abstrata, de influenciarem no espírito do testador. A lei manifesta a maior repulsa pela atuação captatória, que leve o testador a agir induzido por terceiro, mormente por quem seja beneficiado diretamente (sucessor testamentário) ou indiretamente (seu cônjuge, parentes e afins). A presença de qualquer deles como testemunha instrumentária sugere a suspeita de ali estar para acompanhar a facção testamentária no sentido desejado ou insinuado, sendo, portanto, a sua presença uma ameaça à liberdade de manifestação da vontade livre do disponente.

Assim, embora concebido para finalidade diversa (obstar o depoimento *em juízo* de pessoas ligadas à parte de um processo), deve-se reputar aplicável às testemunhas testamentárias o art. 228, nº V, do Código Civil de 2002, em função do qual estarão igualmente impedidos de desempenhar semelhante papel “os cônjuges, os ascendentes, os descendentes e os colaterais, até o terceiro grau, de alguma das partes, por consanguinidade ou afinidade”, dando-se ao termo “partes”, nesse contexto, o sentido de *beneficiários do ato de última vontade*.¹³⁵ Sem embargo de manifestações divergentes (Sílvio de

Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 11.7.1, pág. 255), parece excessivo o entendimento segundo o qual o cônjuge, parentes e afins *do próprio testador* também incorreriam na mesma vedação: não se fazem aqui presentes os motivos que inibem o testemunho judicial dessas pessoas, em processos de que sejam partes familiares seus ou do consorte. Bem ao contrário: se os vínculos decorrentes do casamento, parentesco ou afinidade poriam em dúvida a isenção do depoimento prestado por tais pessoas, são esses mesmos vínculos que naturalmente impelem o testador a escolher entre os mais próximos aqueles que servirão como testemunhas, em ato solene e de consequências graves. Além disso, as testemunhas, conquanto instrumentárias, têm papel relevante, quer na confirmação do testamento particular (nº 460, *infra*), quer na elucidação de eventuais dúvidas acerca das circunstâncias em que o testador se manifestou, qualquer que seja a forma do testamento, quando impugnada a validade do ato de última vontade. Entre duas possíveis interpretações, deve-se preferir então a que *facilite* a realização do ato, como, no caso, aquela que não enxerga empecilho à participação de pessoas próximas *ao testador*, presumivelmente de mais fácil acesso, se e quando seu depoimento se mostrar necessário.

Como se percebe, teria sido melhor manter, no Código de 2002, dispositivo específico referente às testemunhas testamentárias, apenas aprimorando o art. 1.650 do anterior. A vigência da Lei nº 13.146 apenas agravou essa necessidade.

A ausência, no Código de 2002, de dispositivo correspondente ao art. 1.650 do diploma anterior torna superado o debate em torno da extensão dos impedimentos ao cônjuge, parentes e afins *do legatário*, afirmado por Clóvis Beviláqua,¹³⁶ mas negado por outros autores.¹³⁷ Incidindo o art. 228, estarão impedidos de atuar como testemunhas o cônjuge, parentes (ascendentes, descendentes e colaterais até o terceiro grau) e afins do herdeiro, *assim como os do legatário*.

Os menores entre 16 e 18 anos, posto que incapazes relativos, e portanto sujeitos à assistência do pai ou tutor, não são inibidos de testemunhar testamentos, simetricamente com a habilitação para testar (nº 455, *supra*).

Uma vez apurada a presença de uma das pessoas impedidas entre as testemunhas, é nulo o ato, porque tal significa a sua redução a número inferior

ao legal.

O rigor da lei deve ser mantido para o caso de estar presente o herdeiro instituído ou o legatário (ou seus familiares ou afins referidos), ainda que se não desfalque o número exigido. Seria a hipótese de comparecerem uns ou outros, além das duas testemunhas. É que tal presença induz a suspeita da captação condenável.

A quem não saiba ou não possa assinar é vedado ser testemunha, porque esta deve apor sua assinatura, e não é lícito a outrem fazê-lo a seu rogo.¹³⁸

457-A. EVOLUÇÃO DAS FORMAS TESTAMENTÁRIAS: TENDÊNCIA À SIMPLIFICAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DAS NORMAS SOBRE FORMAS TESTAMENTÁRIAS

O cotejo entre o Código revogado e o atual no que tange às formas testamentárias claramente revela uma acentuada tendência do legislador em abolir solenidades e facilitar a confecção do testamento. Mantidas no vigente diploma as mesmas formas ordinárias do anterior (testamentos público, particular e cerrado), e acrescidas as especiais do testamento *aeronáutico* (de que, por motivos óbvios, não cogitara o Código de 1916), percebe-se, todavia, a preocupação em simplificá-las, como exemplificam: (a) a redução do número de testemunhas exigidas nas formas ordinárias (de cinco para apenas duas nos testamentos público e cerrado, e para três no particular); (b) a possibilidade, em circunstâncias excepcionais, de o testamento particular prescindir de testemunhas instrumentárias (art. 1.879); (c) a expressa previsão do emprego de processos mecânicos como veículo da manifestação de vontade do testador (arts. 1.868 e 1.876); (d) a supressão da exigência segundo a qual o testador, no testamento público, deveria “fazer de viva voz as suas declarações” (Código revogado, art. 1.635). Com inteira razão, assinala Eduardo de Oliveira Leite que “a tendência do direito atual é facilitar o acesso de todos à testamentificação, desde que o outorgante possa, de alguma maneira, exprimir a sua vontade” (*Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.866).

Semelhante tendência podia ser detectada, antes do advento do Código Civil de 2002, na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça: admitiu-se,

por exemplo, a validade de testamento particular escrito *sob ditado do testador*, “não havendo dúvida de que subscrito pelo autor das declarações” (REsp. nº 89.995-RS, *RSTJ* 98/246); deu-se por válido o testamento cerrado, conquanto não subscrito pelo testador o auto de aprovação (REsp. nº 223.799-SP, *LexSTJ* 129/158); decidiu-se não importar em nulidade do testamento cerrado “o fato de não haver sido consignado, na cédula testamentária, nem do auto de aprovação, o nome da pessoa que, a rogo do testador, o datilografou”, porque inexistente “qualquer elemento probatório no sentido de que qualquer dos beneficiários haja sido o escritor do testamento, ou seu cônjuge, ou parente seu” (REsp. nº 228-MG, *RSTJ* 7/284); reputou-se igualmente válido o testamento particular “que as testemunhas ouviram ler e assinaram uma a uma, na presença do testador, mesmo sem que estivessem elas reunidas, todas, simultaneamente, para aquele fim” (REsp. nº 1.422-RS, *Revista dos Tribunais* 673/168).

Da ementa deste último julgado, colhe-se afirmação extremamente salutar, a ser usada como verdadeira bússola na interpretação das normas do atual Código Civil relativas à matéria: “Não se deve alimentar a superstição do formalismo obsoleto, que prejudica mais do que ajuda. Embora as formas testamentárias operem como *jus cogens*, entretanto a lei da forma está sujeita à interpretação e construção apropriadas às circunstâncias.” A fundamentação do voto condutor (do Ministro Gueiros Leite) acrescenta: “O *jus cogens* da forma não se sujeita a eventuais absurdos a que levam as interpretações literais rígidas.”

Essa derradeira recomendação é de grande valor, especialmente no que diz respeito ao exame das formalidades do testamento público (nº 458, *infra*). No sistema do Código anterior, dispositivo expresso (art. 1.634), inserido na Seção consagrada àquela forma testamentária, impunha ao tabelião a especificação de cada uma das formalidades previstas nos arts. 1.632 e 1.633; e o parágrafo único acrescentava: “Se faltar, ou não se mencionar alguma delas, será nulo o testamento, respondendo o oficial público civil e criminalmente.” Como então expunha Orosimbo Nonato (*Estudos*, vol. I, nº 204): “Nulo será, assim, o testamento não apenas quando se descumpriu uma formalidade, senão ainda quando de seu cumprimento não se fez a necessária menção”; e, logo em seguida, acrescentava: “Há mais: não basta qualquer

menção. De rigor é seja a menção expressa.”

O Código Civil de 2002, na Seção referente ao testamento público, não reproduziu a norma, a qual, no entanto, poderia reputar-se ainda presente no art. 215, § 1º, nº V, que arrola entre os requisitos da *escritura pública* a “referência ao cumprimento das exigências legais e fiscais inerentes à legitimidade do ato”. Se ali se cuida de requisito *genérico* de qualquer escritura pública, deveria, em princípio, constituir igualmente requisito daquela forma testamentária, porque lavrada em tabelionato (Orosimbo Nonato, *Estudos*, vol. I, nº 166). Mas estará o testamento público sujeito a *todas* as regras previstas, na Parte Geral, para as escrituras públicas (art. 215 e §§)?

Na vigência do diploma anterior, Zeno Veloso (*Testamentos*, nº 262) manifestava a opinião de que, na confecção do testamento público, deveriam ser observadas não somente as formalidades peculiares a semelhante forma testamentária, previstas na Parte Especial, mas também “os requisitos gerais exigidos para as escrituras públicas”, ali extraídos do art. 134, § 1º. Sustentando que a infração aos requisitos formais conduziria irremediavelmente à nulidade do ato, mas admitindo que tal consequência “assume graves proporções, na medida em que o ato somente se executa quando o declarante já não existe mais”, opinava ele, *de lege ferenda*, no sentido de que o Código dispusesse “que os requisitos essenciais do testamento público são, *exclusivamente*, os apontados, evitando-se formalidades em excesso e causas de nulidade por descumprimento de requisitos para as escrituras públicas, em geral” (ob. cit., nº 263). Atento ao então Projeto de Código Civil, aquele autor assim criticava a redação de seu art. 215, § 1º (mantida a numeração na versão afinal aprovada): “Qual o verdadeiro significado desta ressalva? Os autores do Projeto quiseram dizer que, quando a lei exigir *outros* requisitos, os requisitos gerais das escrituras públicas estão dispensados? Ou quiseram estabelecer que os requisitos gerais das escrituras públicas devem ser obedecidos, ainda que a lei especial preveja outros?” (ob. cit., nº 264).

A resposta a tal indagação assume papel decisivo no campo da sucessão testamentária. A prevalecer a ideia de que os requisitos específicos do atual art. 1.864 devem *somar-se* aos do art. 215, § 1º, poderíamos chegar à

(perigosa) conclusão segundo a qual, descumprida qualquer das formalidades deste último, o testamento seria nulo (art. 166, nº V). Se, ao contrário, for adotada a tese de que a validade do ato de última vontade apenas se condiciona aos requisitos específicos da Parte Especial, e não àqueles genéricos das escrituras públicas, não mais seria exigível do responsável pela lavratura do ato a menção ao cumprimento das formalidades, e a ausência dessa especificação não produziria a nulidade do ato, diferentemente do que se passava no regime anterior.

Aqui, como em muitas outras questões controvertidas, talvez não seja oportuno adotar solução radical, que ou afirme peremptoriamente a sujeição do testamento público a *todo* o conteúdo do art. 215, ou circunscreva seus requisitos formais, de modo exclusivo, ao que consta dos arts. 1.864 a 1.867.

Uma interpretação que leve na devida conta o verdadeiro sentido das formalidades testamentárias demonstra que nem todo o conteúdo do art. 215, § 1º, há de necessariamente figurar no testamento público: não seria razoável, por exemplo, inquirir de nulo o ato apenas porque não se mencionou o “domicílio e residência” de alguma testemunha. Mesmo se faltar, na cédula, o registro de certos dados pessoais *do testador*, deve-se reputar válido o negócio jurídico, desde que não fique comprometida sua perfeita identificação.¹³⁹ Do contrário, voltaríamos àquele “formalismo obsoleto, que prejudica mais do que ajuda”, em boa hora censurado pelo Superior Tribunal de Justiça, no acórdão a que se fez menção. A ausência de qualquer desses requisitos (textualmente indicados no art. 215, § 1º) não põe em risco a autenticidade ou a liberdade da manifestação testamentária.

Dentre aqueles indicados no art. 215, § 1º, outros requisitos, porém, hão de reputar-se essenciais na lavratura do testamento público. Parece-nos ser justamente o caso da “referência ao cumprimento das exigências legais (...) inerentes à legitimidade do ato” (nº V), anteriormente prevista na própria Seção dedicada àquela forma testamentária (Código de 1916, art. 1.634). Isso porque, desdobrando-se a elaboração do negócio jurídico em diferentes fases, cada uma das quais tida por essencial (art. 1.864), mostra-se imperioso *documentar* que todas elas se desenvolveram regularmente, e que nenhuma faltou ou de algum modo ficou incompleta. Além disso, características pessoais do testador podem influir no acréscimo de outras solenidades,

concebidas para assegurar a autenticidade de sua manifestação (arts. 1.865, 1.866 e 1.867): o registro, pelo tabelião, de que foram cumpridas impedirá que, no futuro, venha a ser impugnada a validade do ato, sob o fundamento de preterição de formalidade essencial.

Sobre a eventual ausência de *data*, no testamento público, veja-se o nº 458, *infra*.

458. TESTAMENTO PÚBLICO

A primeira das formas disciplinadas em lei é a *pública*, também chamada *aberta* ou *autêntica*, porque tomadas as declarações do testador por oficial público em livro de notas, perante duas testemunhas (no sistema do Código revogado, exigiam-se cinco). Diferentemente da lei anterior, não mais se impõe que o testador esteja apto a ditar “de viva voz as suas declarações” (Código Civil de 1916, art. 1.635): daí admitir-se, na vigência do atual Código, a utilização dessa forma testamentária por testador *mudo* (nº 455, *supra*) e, em geral, por aqueles que, mesmo em razão de circunstância transitória, estejam impossibilitados de falar. Muito usada entre nós, a forma pública tende, entretanto, a ser suplantada pelo testamento cerrado, mais frequente. Em outros sistemas, já se assinala tendência à sua dessuetude.¹⁴⁰

Para a sua validade formal, devem ser observados os seguintes requisitos:

1º) *Escrito pelo tabelião ou seu substituto legal em seu livro de notas*. Ele é público, não só pela participação direta e imediata do notário que o escreve, como porque não se resguarda a declaração de nenhum sigilo. O contexto é conhecido das testemunhas (obrigatoriamente), como de toda pessoa que o queira (facultativamente).

Pode ser lavrado em cartório ou outro local qualquer (residência, hotel, hospital, prisão), independentemente de justificativa.¹⁴¹ E pode sê-lo ainda em domingo ou feriado, no horário de expediente normal ou à noite (Orosimbo Nonato).

O testamento pode ser escrito no livro de notas, de próprio punho, pelo tabelião. Atento à realidade, o Código em vigor alude também à possibilidade de o texto ser escrito mediante processo mecânico: é o que ordinariamente ocorrerá, considerada a larga e irreversível difusão do uso do

microcomputador na vida contemporânea. Neste caso, uma vez digitado o texto, será ele impresso e encartado no livro próprio, procedendo-se à leitura e às demais solenidades do ato. Não se exclui, por óbvio, o uso da (um tanto obsoleta) máquina de escrever, em cartório ainda não porventura informatizado. Previu-se, ainda, uma terceira modalidade de colheita da manifestação do testador, traduzida na “inserção da declaração de vontade em partes impressas de livro de notas”. Sua utilização parece, todavia, confinada aos testamentos de menor extensão, cujo texto possa mais facilmente acomodar-se em espaços previamente reservados à manifestação do testador, de acordo com determinado padrão preestabelecido.

O testador, se quiser, poderá ditar as suas declarações diretamente ao tabelião, mas, diante do texto da nova lei, “nada impede que traga minuta para ser copiada pelo notário” (Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 11.3). A propósito, já não mais se justifica o entendimento, exposto nas edições deste volume precedentes ao Código Civil de 2002, segundo o qual não bastaria a transposição do teor da minuta para o livro do tabelião, e que seria essencial a declaração oralmente feita pelo testador.¹⁴² Tampouco parece ter conservado relevância a observação, presente naquelas edições, de que, se o testador trouxesse minuta escrita para o notário, não se invalidaria o ato, se este a copiasse diretamente, após lhe ter sido lida pelo disponente.¹⁴³ Essa última ilação e a anterior estavam indissociavelmente ligadas ao art. 1.635 do velho Código, não mais encontrando suporte no texto da lei atual, que ostensivamente se orientou no sentido de facilitar o recurso à forma pública, dando ao testador a opção de prestar suas declarações oralmente ou por meio de minuta: a observância das demais solenidades será suficiente para assegurar a plena autenticidade de sua manifestação.¹⁴⁴

Não se admite seja o testamento escrito mediante respostas às perguntas feitas ao disponente pelo tabelião ou por outra pessoa (*testamentum ad interrogationem*).¹⁴⁵ É, porém, lícito ao notário interromper o ditado, esclarecer-se ou prestar informações.¹⁴⁶

O tabelião tem de obedecer ao pensamento do testador, embora sem reproduzir literalmente as palavras deste, que podem não ser rigorosamente técnicas ou bastante claras. Deve abster-se, porém, de qualquer indução no tocante ao conteúdo das disposições testamentárias.¹⁴⁷

As declarações devem ser em língua portuguesa:¹⁴⁸ no sistema do Código Civil de 2002, semelhante exigência decorre de seu art. 215, § 3º.

Não é admissível a redação em língua estrangeira, como ato público perante serventuário brasileiro. E não é tolerada a intermediação de intérprete: este poderá não traduzir fielmente as declarações, e não haveria meios de controlá-las.¹⁴⁹ No direito alemão, admite-se o testamento público em língua estrangeira, mediante dupla intervenção de “intérprete jurado”: ao transladar para o alemão as declarações do testador e ao traduzir para o declarante o que for escrito pelo notário.¹⁵⁰ Em nosso direito, tais providências somente teriam o efeito de validá-lo, se legalmente prescritas. E, na falta de preceituação expressa, vigora a doutrina aqui desenvolvida.

A nova lei, diferentemente da anterior, preferiu a expressão “tabelião” a “oficial público”, tal como constara originalmente do Projeto Beviláqua (cf. Orosimbo Nonato, *Estudos*, vol. I, nº 160). De acordo com a Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994, *tabelião* ou *notário* é profissional do direito, dotado de fê pública, a quem é delegado o exercício da atividade notarial, após regular aprovação em concurso público de provas e títulos, e cuja atuação é fiscalizada pelo Poder Judiciário. Até o advento do Código Civil de 2002, a lavratura de testamento era atividade da competência exclusiva do tabelião, indelegável a seus prepostos, inclusive aos substitutos, exceto àquele que fosse designado pelo notário “para responder pelo respectivo registro nas ausências e nos impedimentos do titular” (Lei nº 8.935/94, art. 20, §§ 4º e 5º); hoje, todavia, permite-se expressamente a lavratura do ato “por tabelião ou por seu substituto legal”.¹⁵¹ Em edições precedentes, a indelegabilidade da função do notário era salientada com base em boa doutrina;¹⁵² assenta-se, hoje, em texto de lei especial, com as alterações decorrentes do vigente Código Civil.

Para o brasileiro que testa no estrangeiro, o oficial público é a autoridade consular. E nos testamentos especiais cabem tais funções ao comandante do barco ou da tropa, ao escrivão de bordo (em navio ou aeronave), ao auditor.

Cumpra observar que o notário há de estar legalmente investido no cargo e em plena função: o impedimento temporário anula o ato.¹⁵³

Tomada a expressão em termos amplos, é de se cogitar ainda da

competência *ratione loci*, a saber: a sua atribuição legal de tomar as declarações de última vontade é limitada à respectiva circunscrição, definida na lei de organização judiciária: segundo a Lei nº 8.935/94, “o tabelião de notas não poderá praticar atos de seu ofício fora do Município para o qual recebeu delegação” (art. 9º). Invalida o ato redigir o notário um testamento fora dos limites de seu território.¹⁵⁴

Veda-se ao notário, ainda, “praticar, pessoalmente, qualquer ato de seu interesse, ou de interesse de seu cônjuge ou de parentes, na linha reta ou colateral, consanguíneos ou afins, até o terceiro grau” (Lei nº 8.935/94, art. 27). Por isso, não pode ele lavrar testamento no qual figure como sucessor, ou no qual sejam beneficiadas quaisquer daquelas pessoas. Deve-se entender, todavia, que a infringência à norma proibitiva acarreta apenas a nulidade *da cláusula que lhe seja favorável*, e não de todo o testamento (Código Civil de 2002, art. 184).

2º) *Presença das testemunhas*. Durante todo o tempo, hão de estar presentes duas testemunhas idôneas. Devem assistir a todo o ato, que é complexo e solene. Posto que instrumentárias, não o são no sentido de que apenas aponham suas assinaturas no instrumento. Elas devem estar presentes a todas as fases da feitura do testamento, e a tal distância que possam ouvir as declarações do testador.

Na vigência do Código anterior, a necessidade da presença, durante todo o ato, das testemunhas foi acertadamente encarecida pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça (REsp. nº 34.420-SP, *Revista de Direito Renovar* 8/311; REsp. nº 151.398-SP, *LexSTJ* 139/114; REsp. nº 294.691-PR, *RSTJ* 150/311).

É indispensável que as testemunhas conheçam a língua nacional para que compreendam o ditado (ou, simplesmente, a leitura: art. 1.864, nº II), e sua idoneidade é reclamada em razão da gravidade do ato. Sobre as pessoas impedidas de participar como testemunhas do ato, veja-se, *supra*, o nº 457. Inexiste restrição para os estrangeiros e os funcionários ou escreventes do cartório.

3º) *Leitura*. O tabelião, ao final, fará a leitura do testamento, em alta voz, ao testador e às testemunhas, que, desta sorte, conferirão a conformidade do texto com o ditado. É lícito ao testador acompanhar, pelas anotações ou

minutas, toda a leitura. Far-se-á esta num só ato, conjuntamente a todos que nele intervêm, não sendo permitido proceder-se separadamente.¹⁵⁵

Sendo *surdo* o testador, procederá ele próprio à leitura (art. 1.866), além da que fará o notário.

Se for *cego*, o testamento será lido em voz alta pelo tabelião que o escrever, e por uma das testemunhas, designada pelo testador, fazendo-se de tudo circunstanciada menção no testamento (Código Civil de 2002, art. 1.867).

4º) *Assinatura*. O testamento será assinado pelo tabelião que o escrever, pelo testador e pelas testemunhas, seguidamente e em ato contínuo. O testador terá de firmá-lo com seu nome por inteiro, não bastando simples rubrica. Mas é óbvio que aporá a sua assinatura habitual, se for essa abreviada ou de fantasia, sem que por isto prejudique a validade do documento.¹⁵⁶ Até o pseudônimo poderá ser usado, desde que resulte certa a identidade do declarante.¹⁵⁷

Não sabendo ou não podendo o testador assinar, uma das testemunhas o fará a *seu rogo* (Código Civil de 2002, art. 1.865). Não é necessária uma testemunha a mais. Não vale, porém, a assinatura de cruz.¹⁵⁸ Somente é admitida a assinatura a rogo, se o testador não souber assinar, ou, no momento, não puder fazê-lo por enfermidade, acidente ou outra causa real. É inválido o testamento, se o declarante deixar de firmá-lo por não querer fazê-lo.¹⁵⁹

Posto não o exija a lei, é de boa cautela tome o notário a impressão digital do disponente, à margem do texto, quando da assinatura a rogo.

5º) *Menção da observância das formalidades*. Não basta sejam cumpridas todas as exigências formais. É ainda necessário que o tabelião porte por fé haverem sido observadas, especificando-as, ou, ao menos, fazendo alusão expressa ao dispositivo legal respectivo. Semelhante exigência (que, no Código revogado, decorria do art. 1.634) hoje deflui do art. 215, nº V, do Código Civil de 2002 (cf. nº 457-A, *supra*). E o notário há de consigná-lo no próprio ato.¹⁶⁰

Se o fizer em outro instrumento, ainda com as características de ato público, é nulo o testamento.¹⁶¹ Não se anula, porém, se o tabelião portar por fé a sua observância, posto não mencione por menor as formalidades.

É costume fazerem os notários constar do instrumento estar o disponente em pleno uso de suas faculdades mentais. Nada obsta que assim procedam. Mas a fórmula tabelioa não constitui exigência legal. É, mesmo, uma declaração ociosa, porque a sua omissão não anula o ato, nem a sua presença o exime de ataque sob esses fundamentos.¹⁶² Não há, todavia, inconveniente em que se consignem tais referências, que alguns fazem seguir de outra, dizendo que a declaração é livre de toda violência.

Data. O Código Civil de 1916 não inseria a data entre os elementos essenciais. Ao propósito, os doutos controvertiam. Enquanto Ferreira Alves erigia a sua omissão em nulidade, Pontes de Miranda e Orosimbo Nonato pensavam diversamente. No direito estrangeiro (francês, italiano, belga), os autores encarecem a medida, embora registrem que a jurisprudência tem-se encaminhado no sentido mais liberal. Nas edições deste volume que antecederam ao advento do Código de 2002, expressava-se a opinião de que a lei não qualificara as circunstâncias de local e tempo do ato como requisito essencial, e que, portanto, diante de dúvida que se levantasse, a data poderia ser esclarecida por qualquer meio.¹⁶³

No sistema do vigente Código Civil, porém, a exigência da data – a se admitir a sujeição do testamento aos requisitos comuns das escrituras públicas – é feita expressamente no art. 215, § 1º, nº I.¹⁶⁴ Soa excessivo, contudo, sustentar a nulidade de um testamento público por ausência de data, com fundamento no art. 166, nº V, do Código de 2002.

Convém, todavia, assinalar que a apuração de quando e onde se formalizou o testamento é relevantíssima, se for questionada a capacidade do disponente ou a competência do notário. De qualquer modo, o ônus da prova da incapacidade do testador ou da incompetência de quem lavrou o ato cabe àquele que pretender invalidá-lo, segundo a regra geral (Código de Processo Civil, art. 333, nº I).

Abertura da sucessão. Após a morte do testador, o traslado, ou a certidão, é apresentado em Juízo (novo Código Processo Civil, art. 736). Não ocorrendo vício extrínseco, o juiz mandará registrar, inscrever e cumprir o testamento, com notificação ao testamentário para que venha assinar o termo de aceitação da testamentária (novo Código de Processo Civil, art. 735, §§ 1º a 5º).

Se algum interessado pretender invalidá-lo, somente poderá fazê-lo,

contenciosamente, pela via ordinária. Não é lícita a postulação em processo de inventário (novo Código de Processo Civil, art. 612).

459. TESTAMENTO CERRADO

Testamento *cerrado*, também chamado *secreto* ou *místico*, é o que resulta de operação complexa de escrita particular e instrumento público de aprovação. Abrange, no dizer dos civilistas, duas solenidades – a cédula e o auto de aprovação.¹⁶⁵

Ao contrário de outros sistemas (como do francês fala Vialleton), em que a forma secreta é muito rara, no Direito brasileiro é de uso frequente, porque alia a discrição do conteúdo, à autenticidade da aprovação.

Somente permitido a quem possa ler (art. 1.872), está sujeito aos requisitos seguintes:

1º) *Escrita*. A cédula testamentária será escrita pelo testador ou por outrem a seu rogo. É uma opção livre do declarante, independentemente de qualquer justificativa, e pode recair em parente ou estranho, e mesmo no tabelião que venha depois a aprová-lo (art. 1.870). É vedada, entretanto, ao herdeiro ou legatário, bem como a seu descendente, ascendente, irmão, cônjuge ou companheiro (art. 1.801, nº I).¹⁶⁶

A atuação da pessoa que escreve a cédula, a rogo do testador, “limita-se, rigorosamente, a reproduzir e transpor, textualmente, para o escrito, sem nada omitir ou acrescentar, o ditado ou as declarações do disponente”.¹⁶⁷

O documento deverá consignar a circunstância relativa a quem o escrever e que o assinará, além do testador. Considera Lacerda de Almeida dispensável a assinatura deste, se o tiver feito de seu próprio punho.¹⁶⁸

Na linha de uma jurisprudência liberal em matéria de formalidades testamentárias (nº 457-A, *supra*) decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “não importa em nulidade do testamento cerrado o fato de não haver sido consignado, na cédula testamentária, nem no auto de aprovação, o nome da pessoa que, a rogo do testador, o datilografou”, diante da “inexistência, nos autos, de qualquer elemento probatório no sentido de que qualquer dos beneficiários haja sido o escritor do testamento, ou seu cônjuge, ou parente seu” (REsp. nº 228-MG, RSTJ 7/284). Reputou, no entanto, nulo o testamento,

datilografado por uma sobrinha, do qual não constava a firma do testador (REsp. nº 163.617-RS, *Revista dos Tribunais* 780/204).¹⁶⁹

Datilografia. O Código Civil de 2002 tornou superada a controvérsia em torno da admissibilidade de ser *datilografado* o testamento cerrado, ao estatuir que este “pode ser escrito mecanicamente, desde que seu subscritor numere e autentique, com a sua assinatura, todas as páginas” (art. 1.868, parágrafo único). Datilografado o instrumento, e autenticado por quem o escrever e pelo testador, está em condições de ser submetido à aprovação notarial.¹⁷⁰ Igualmente é de se admitir seja a cédula digitada em computador, e em seguida impressa, com a mesma cautela da autenticação.

Não vale, entretanto, se grafado em alfabeto Morse ou adotada outra escrita convencional.¹⁷¹

Data. Não se cogita da data da carta sigilar, e não é ela um requisito dele, porque o auto de aprovação é que completa, com a consignação da data neste.¹⁷² Embora não o exija, e não se constitua, portanto, requisito de validade, a data do instrumento de aprovação é importante para se apurar a competência do notário, a capacidade do testador, ou a anterioridade de outro testamento.

E em nada prejudica a sua validade o decurso de qualquer tempo entre a feitura da cédula e sua aprovação pelo tabelião.¹⁷³

Língua estrangeira. A carta pode ser redigida em idioma nacional ou estrangeiro, ainda que escrita por outrem (art. 1.871), desde que ao testador seja familiar, ou mesmo pelo declarante que o tenha escolhido, se em língua estranha puder exprimir-se com clareza. A tradução far-se-á, oportunamente, na hora de se executar.¹⁷⁴

2º) *Entrega do instrumento.* A carta testamentária deve ser entregue pelo próprio testador ao oficial, em presença de duas testemunhas (art. 1.868, nº I). No Código anterior, exigia-se a presença de nada menos de cinco testemunhas – excesso então criticado pelo autor desta obra, o qual, *de lege ferenda*, alvitrava sua redução, uma vez que a validade formal repousa no “auto de aprovação”.

Não pode o escrito ser entregue por terceiro, nem por uma testemunha, nem por quem o haja escrito, a rogo. Terá de sê-lo pelo testador em pessoa,¹⁷⁵

e esta circunstância há de ser consignada no instrumento de aprovação.

Desapareceu a dúvida suscitada no direito anterior ao Código de 1916 e debatida pelos civilistas,¹⁷⁶ se o testamento místico deveria ser entregue já fechado e cosido pelo próprio interessado (*Ordenações*, Livro IV, Título 80, § 1º). Manda o Código vigente, assim como ordenava o revogado, seja entregue pelo testador ao oficial, cabendo a este cerrá-lo e costurá-lo, após a leitura do instrumento (art. 1.869).

Entregando a cédula ao notário, declara o testador que aquele é o “seu testamento” e quer que ele o aprove. O direito moderno dispensa a repetição que os praxistas faziam, exigindo dissesse o testador que ali estava o seu testamento, e que o tinha por “bom, firme e valioso”.¹⁷⁷ Hoje costumam repetir-se estas palavras como fórmula tabelioa, mas sem a rigidez de uma exigência *ad substantiam*, não obstante haver autores que pensam diversamente.¹⁷⁸

O que se exige é que o testador afirme ser aquele papel o seu testamento, cuja aprovação requer, podendo fazê-lo *sponte sua* ou à indagação do notário, numa reminiscência da cerimônia romana da *nuncupatio*.

O testamento cerrado não é franqueado ao cego (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.872). Pode ser usado pelo surdo-mudo, que preencherá o requisito da identificação da carta, mencionando por escrito conter ela o seu testamento, que deseja aprovado. Nesta hipótese, não cabe escrito a rogo (Código Civil, art. 1.873).

3º) *Instrumento de aprovação*. Passado o documento às mãos do tabelião, este lhe aporá o seu sinal, e iniciará o instrumento ou auto de aprovação em seguida à última palavra do testamento, ou em folha apartada, se nesta não houver espaço (art. 1.869 e parágrafo único). O notário, embora não leia o conteúdo, fará ressalva de emenda ou rasura que se lhe apresente à vista.

O termo de aprovação (que melhor se designaria como de “autenticação”) pode distribuir-se em três capítulos:¹⁷⁹ *Introdução*, que qualifica os participantes, e consigna o local e a data; *confirmação*, que atesta a entrega e assegura a autenticidade da cédula; e *encerramento*, com a leitura do instrumento e coleta das assinaturas. Não pode, todavia, o testador modificar o testamento no auto de aprovação.¹⁸⁰

4º) *Leitura*. O tabelião fará ao testador e às testemunhas a leitura do auto de aprovação, o qual será por todos assinado. Se o testador não puder fazê-lo, uma das testemunhas o assinará, declarando que o faz a seu rogo. Se não o mencionar ao pé da própria assinatura, valerá, contudo, a disposição, se o oficial consignar expressamente o fato no contexto do instrumento que lavrar.¹⁸¹

Já decidiu o Superior Tribunal de Justiça que “inexistindo qualquer impugnação à manifestação da vontade, com a efetiva entrega do documento ao oficial, tudo confirmado na presença das testemunhas numerárias, a falta de assinatura do testador no auto de aprovação é irregularidade insuficiente para, na espécie, causar a invalidade do ato” (REsp. nº 223.799-SP, *LexSTJ* 129/158).

O notário aporá o seu sinal no auto, para maior autenticidade.

Toda a cerimônia de aprovação far-se-á sem interrupção (*uno contextu continuo*), procedendo-se à redação do auto, sua leitura, e respectiva subscrição, tudo seguidamente.¹⁸² Mas não quer dizer que uma interrupção esporádica, para assinar outro ato ou para conversa ligeira, prejudique a validade do testamento; o que se tem em vista é evitar a descontinuidade da cerimônia, propiciando a substituição da cédula.¹⁸³

5º) *Encerramento*. Formalizado o instrumento de autenticação, o notário o dobrará juntamente com o testamento, num só invólucro, que será por ele cosido e fechado, e entregue ao testador, anotando-o no seu livro de registro próprio (art. 1.874). É praxe ser a cédula lacrada nos pontos de costura.¹⁸⁴ Mas não constitui formalidade de que dependa a sua eficácia.

6º) *Morte do testador*. Após a abertura da sucessão, o testamento místico é aberto pelo juiz, na presença do apresentante e do escrivão, verificada a integridade da cédula. Proceder-se-á à sua leitura e do auto de aprovação, lavrando-se um termo circunstanciado, do qual constarão “o nome do apresentante e como ele obteve o testamento, a data e o lugar do falecimento do testador, com as respectivas provas, e qualquer circunstância digna de nota” (v.g., menção do estado em que a carta sigilar foi entregue ao magistrado). Apurada a inexistência de vício extrínseco, e ouvido o Ministério Público, será inscrito e mandado cumprir, com intimação ao testamenteiro para que assine o compromisso (novo Código de Processo Civil, art. 735 e

seus §§). Ao apor o seu “cumpra-se” no testamento cerrado, o juiz não estará preenchendo mera formalidade material, porém dando a sua anuência à legalidade formal da cédula. Por isso, ao fazê-lo, cuidará de proceder a um exame cuidadoso. Ressalva-se, contudo, que o despacho¹⁸⁵ aprobatório não impede que qualquer interessado intente a ação própria de nulidade.¹⁸⁶

7º) *Estado de conservação da cédula.* A autenticidade da declaração da carta sigilar reside na sua conservação e incolumidade. Esta circunstância é mencionada no auto de abertura. E é tanto mais relevante, que a sua violação pelo testador traduz o seu propósito revogatório. Mas pode acontecer que com o tempo decorrido, ou por acidente, por inadvertência de quem o encontrou, ou por malícia de algum interessado, o invólucro não esteja cerrado ao ser entregue ao juiz. Neste caso, dever-se-á mencionar o fato em minúcia, procedendo-se a uma justificação em juízo para apuração, se o rompimento não foi realizado pelo testador, mas deveu-se a outra causa, e, neste caso, o juiz ordenará o cumprimento.¹⁸⁷ A mesma solução é sugerida, em doutrina, para a hipótese de o testamento ter sido aberto por autoridade judicial incompetente.¹⁸⁸ A revogação do testamento cerrado, por ruptura da cédula, será particularmente objeto de cogitação mais adiante (nº 476).

Nulidade do testamento, por causa intrínseca, será postulada por ação ordinária.

460. TESTAMENTO PARTICULAR

A terceira modalidade do testamento ordinário ou comum é o particular, privado ou ológrafo. Escrito pelo próprio testador, ou redigido por meio de processo mecânico, é lido a três testemunhas e por todos assinado. É a mais acessível forma de dispor, embora não seja entre nós a mais usual, pelos riscos que suscita. Em outros sistemas, é o tipo testamentário mais frequente, e menos sujeito à invalidação.¹⁸⁹ A razão desta diferença de percussão reside na formalidade da publicação *post mortem*, exigida em o Direito brasileiro (Código Civil de 2002, art. 1.877), e dispensada em outros.

É a forma de testar franqueada aos que podem ler e escrever, e está sujeito aos seguintes requisitos:

1º) *Escrito de próprio punho pelo testador ou mediante processo mecânico.*

O Código Civil de 2002 prevê duas formas alternativas para a exteriorização da vontade do testador: (a) a cédula pode ser por ele escrita, de punho próprio; ou (b) pode ser redigida mediante processo mecânico e assinada pelo testador.

No primeiro caso, afastada fica a escrita a rogo, que o nosso direito anterior ao Código de 1916 admitia:¹⁹⁰ é “de próprio punho” que o testador redige o testamento.¹⁹¹

Não se exige, no segundo caso, que o próprio testador tenha datilografado ou digitado o texto: basta que o assine, observando as subseqüentes formalidades. Na vigência do Código de 1916, o Superior Tribunal de Justiça já considerara válido o testamento particular *ditado* pelo testador (REsp. nº 89.995, RSTJ 98/246); com maior razão, diante do texto da nova lei, nada impede que o testador dite o texto a terceiro, encarregando-o de sua digitação ou datilografia.¹⁹² Considerada a evolução tecnológica no campo da informática, pode o testador, se dispuser dos meios para tanto necessários, ditar o conteúdo do testamento *ao próprio computador*: o que importa, neste caso, é a posterior confecção da *cédula*, mediante impressão daquilo que a máquina captou.

Como salientado em o nº 458, *supra*, não se permite ao cego a utilização dessa forma testamentária, em qualquer das duas modalidades agora previstas (art. 1.867). Tampouco poderá dela valer-se o analfabeto: não tem a aptidão de redigir a cédula de próprio punho, nem pode suprir a exigência de sua posterior leitura.

A redação, a ortografia, e até as abreviaturas são lícitas. Mas o que for efetivamente ilegível é inválido.¹⁹³ Tal como o cerrado, não vale se se grafar em alfabeto Morse ou outra escrita convencional.¹⁹⁴ Pode ser redigido em língua estrangeira, contanto que as testemunhas a compreendam (Código Civil de 2002, art. 1.880). Mas o emprego de idioma não habitualmente usado pelo declarante gera suspeita de captação.¹⁹⁵

Na hipótese de testamento de próprio punho, eventuais emendas, rasuras, correções ou acréscimos, por si sós, não o invalidam se estiverem devidamente ressalvadas ou autenticadas com a firma ou rubrica do finado; caso redigido por processo mecânico (art. 1.876, § 2º), a lei é mais severa ao dispor que a cédula “não pode conter rasuras ou espaços em branco”: havendo

o que corrigir ou acrescentar, deverá o testador refazê-la.

Data. Não exigindo a lei que o testador coloque a data no instrumento, não se pode considerá-la requisito essencial, ao contrário de outros sistemas. É recomendável que se consigne o dia da formalização, cuja utilidade é manifesta em caso de se levantar dúvida quanto à capacidade do testador, ou de se dirimir a que se levante em face da existência de outros testamentos, cuja anterioridade se pretenda fixar.¹⁹⁶ Mesmo nos sistemas em que é considerada requisito, a sua omissão total é suprida na jurisprudência, mediante recurso a outros elementos. Mas a aposição de data falsa ou inexata, sem que o testador incida em incapacidade, em si mesma, não vicia o ato, exigindo os tribunais, para invalidá-lo, a inocorrência dos pressupostos intrínsecos. A tendência observada modernamente é não exigir a aposição da data com excessivo rigor.¹⁹⁷

Assinatura. A cédula deverá ser assinada pelo testador, que assim a autenticará. Não é mister escrever o nome todo,¹⁹⁸ porém firmá-lo da maneira que o declarante usa por hábito, ou para se fazer identificar; inclusive com seu pseudônimo, se por este é reconhecido.¹⁹⁹ Admite-se, ainda, que o nome seja substituído por uma simples indicação de parentesco ou de outra relação familiar (v. g., “teu marido”), se o testador, sem descurar das formalidades legais, redigir a cédula como se fosse uma carta.²⁰⁰ Se o testamento tiver sido escrito em mais de uma lauda de papel, a assinatura poderá constar apenas da última, ao final do instrumento. Mas é necessário que tenham sequência, formando um todo homogêneo.²⁰¹ O melhor modo de evitar seja enxertada uma folha espúria é a numeração e autenticação de todas, com a assinatura ou a rubrica do disponente.

2º) *Leitura.* O testamento será lido pelo testador a três testemunhas, que com ele assinarão a cédula: é igual o número de testemunhas quer na hipótese de testamento redigido de próprio punho, quer na de confecção da cédula por processo mecânico. Se for redigido em língua estrangeira, todas as testemunhas haverão de conhecê-la e compreendê-la.²⁰² Não se admite, portanto, a comunicação do contexto por intérprete ou tradutor.

Mas não é mister assistam as testemunhas à escrituração do documento, bastando estejam presentes a sua leitura.²⁰³

Na vigência do Código anterior, alguns admitiam que a leitura fosse feita por terceiro ou por uma das testemunhas (por exemplo, Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LIX, § 5.892, nº 7; Orosimbo Nonato, *Estudos*, vol. I, nº 255); mais rigoroso, o Código de 2002, em ambas as modalidades do testamento particular, impõe a leitura pelo próprio testador (Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 11.5; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, comentário ao art. 1.876): o desatendimento à norma acarreta, em princípio, nulidade (Código Civil de 2002, art. 166, nº V).

Deve-se admitir, todavia, ao testador *mudo* (ou, pela mesma razão, àquele temporariamente impossibilitado de falar) a utilização dessa forma testamentária, considerando a ausência de norma proibitiva expressa (como, para o testador cego, a do art. 1.867). Difere tal hipótese da outra, de que antes se cogitou, de testador analfabeto, porque este, diferentemente do mudo, não pode nem redigir a cédula de próprio punho (art. 1.867, § 1º), nem sequer proceder a qualquer leitura (silenciosa ou em voz alta): seu controle sobre o conteúdo do documento se reduziria a praticamente nada – observação que não se aplica ao mudo apto a manuscruver, datilografar ou digitar o testamento e a acompanhar posteriormente a leitura feita por terceiro, por ele incumbido.

Vigente o Código de 1916, entendeu o Superior Tribunal de Justiça que não contrariava o art. 1.645 a leitura e a colheita das firmas das testemunhas fora de um mesmo contexto (REsp. nº 1.422-RS, *Revista dos Tribunais* 673/168). O Código atual, entretanto, favorece exegese mais rigorosa, ao dizer, nos dois parágrafos do art. 1.876, que a leitura se faz “na presença de pelo menos três testemunhas”, numa sugestão de que “no momento da leitura do testamento particular, devem estar conjunta e simultaneamente presentes o testador e as testemunhas, que assinarão, a seguir” (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários*, comentário ao art. 1.876; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.876, nº 11).

Nada impede que mais de três testemunhas assistam à leitura do testamento e o subscrevam.²⁰⁴ Porém, aumenta o risco de que alguma delas esteja impedida, com isso maculando o negócio jurídico (Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 11.5).

3º) *Publicação*. Após a abertura da sucessão, será o testamento publicado

em juízo, mediante requerimento de herdeiro, legatário ou testamentário (ou ainda por terceiro detentor da cédula, se impossibilitado de entregá-lo a algum dos outros legitimados), com citação dos herdeiros legítimos que não tiverem requerido, dos legatários, do testamentário, ou genericamente daqueles a quem caberia a sucessão (diretamente ou por edital), e do órgão do Ministério Público, sendo inquiridas as testemunhas instrumentárias. Se as testemunhas forem contestes sobre o fato da disposição, ou, ao menos, sobre a sua leitura perante elas, e se reconhecerem as próprias assinaturas e a do testador, o testamento será confirmado pela autoridade judiciária (Código Civil de 2002, art. 1.878), que o homologará, e mandará inscrever e cumprir (novo Código de Processo Civil, art. 737 e §§). Não é exigido se recordem do conteúdo do testamento.²⁰⁵ O que se tem aqui em vista é a veracidade do escrito e da assinatura do testador.²⁰⁶ Não se procura reconstituir o conteúdo da cédula.

O procedimento, *de lege lata*, é de jurisdição *voluntária*, com as consequências processuais daí decorrentes.

Confirmação do testamento: novas hipóteses. O Código de 1916 permitia a confirmação do testamento particular desde que, das cinco testemunhas instrumentárias que então exigia, ao menos três depusessem em juízo, harmonicamente, acerca do fato da disposição, ou sobre a leitura perante elas. O atual Código, além de haver reduzido a três o número de testemunhas instrumentárias, ainda admite a confirmação do negócio jurídico “se pelo menos uma delas o reconhecer” e “se, a critério do juiz, houver prova suficiente de sua veracidade” (art. 1.878, parágrafo único). As duas condições *cumulam-se*: por isso, não pode o juiz, ainda que absolutamente convicto da autenticidade do documento, ordenar seu registro e cumprimento, se nenhuma das testemunhas compareceu e depôs.²⁰⁷ O depoimento dessa testemunha solitária é requisito indispensável, *mas não necessariamente suficiente*, para a confirmação do ato de última vontade: pode o juiz reputá-lo insatisfatório, se a testemunha, interrogada, der respostas reticentes, ambíguas ou contraditórias. Mas o testemunho assim prestado pode ser suprido por outras provas: cabe ao juiz valorar livremente as que tenham sido produzidas nesse procedimento especial de jurisdição voluntária (Novo Código de Processo Civil, art. 371). Se não se convencer da autenticidade da cédula, ou se houver vício formal manifesto (por exemplo, número insuficiente de assinaturas de testemunhas),

o juiz indeferirá o pedido de confirmação.

Distingue-se tal hipótese daquela versada no art. 1.879, que também constitui inovação. Diz a lei: “Em circunstâncias excepcionais declaradas na cédula, o testamento particular de próprio punho e assinado pelo testador, sem testemunhas, poderá ser confirmado, a critério do juiz.” Pode o testador encontrar-se em situação peculiaríssima que não lhe possibilite convocar testemunhas: será a hipótese da vítima de sequestro ou cárcere privado (Código Penal, art. 148), que obviamente não pode chamar os próprios algozes a participar do ato; ou a daquele “tomado de moléstia considerada contagiosa, impedindo o contato com terceiros; em local isolado por inundação ou outra intempérie” (Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 11.5.1). Não basta, porém, que o testador se ache numa dessas situações: é preciso que ele expressamente a indique *na cédula*, isto é, descreva, ainda que de modo abreviado,²⁰⁸ as circunstâncias que o levam a testar sem a participação de testemunhas: não valerá o testamento a que falte semelhante descrição.

A interpretação do dispositivo em foco deve ser restritiva, somente admitindo-se o testamento “de próprio punho”, e não aquele elaborado por processo mecânico (Zeno Veloso, *Comentários...*, pág. 145).

Se o testador tinha condições para se valer de alguma forma especial (testamento marítimo, aeronáutico ou militar), não cabe invocar o art. 1.879 (Sílvio de Salvo Venosa, *ob. cit.*, *loc. cit.*).

Cabe ao juiz apreciar se as circunstâncias declaradas pelo testador eram suficientemente graves para justificar o emprego dessa modalidade de testamento ológrafo.

Consequência da falta de testemunhas, no procedimento de publicação do testamento particular. Ordinariamente, no entanto, se faltar a confirmação de pelo menos uma das três testemunhas, invalida-se o ato. É a publicação que lhe imprime autenticidade.²⁰⁹

Conversão (formal) do testamento cerrado em particular. Não poderá o testamento cerrado, a que falte algumas das solenidades legais, aproveitar-se como particular, pela desconcórdância de requisitos: num, a cédula é entregue ao oficial, em presença das testemunhas, que desconhecem o seu conteúdo, ao passo que no outro a carta é lida perante elas. Mas, se na aprovação do

testamento secreto forem adotados os requisitos do ológrafo, com a leitura de todo o documento, valerá, porque as assinaturas ao final do auto de aprovação não deixam de integrar o testamento.²¹⁰ Em dispositivo expresso (art. 607), o Código Civil italiano reconhece ao testamento cerrado, quando nulo, a eficácia de testamento ológrafo, se deste último preencher os requisitos; naquele sistema, todavia, mais facilmente ocorrerá essa modalidade de conversão (*formal*), porque não exigida, como requisito do testamento particular, sua leitura perante testemunhas (cf. art. 602 daquele Código; na doutrina, Roberto Triola, *Il testamento*, Giuffrè, 1998, pág. 73).

461. TESTAMENTO MARÍTIMO E AERONÁUTICO

Se a vontade testamentária é contingente por natureza (*ambulatoria est voluntas...*), a lei a quer ainda mais transitória e limitada, em circunstâncias especiais, criando as formas privilegiadas de dispor.

Uma é o testamento *marítimo*, elaborado primeiro pela doutrina.²¹¹

O que aí predomina é o propósito de simplificação, tendo em vista que a viagem prolongada pode suscitar o propósito de prevenir a sucessão e não ter o disponente os meios de se valer de uma das formas ordinárias.

O Código Civil disciplina o testamento marítimo, que pode revestir forma assemelhada ao público ou ao cerrado (arts. 1.888 e 1.890 a 1.892). Não importa, no caso, a qualificação profissional do testador “gente do mar ou passageiro”.²¹² O que sobreleva é a circunstância fática do cruzeiro.

Nos navios nacionais, de guerra ou mercante, em viagem de alto-mar, o comandante ou escrivão de bordo faz as vezes de notário, redigindo as declarações do testador, ou tomando-as sob ditado, ante duas testemunhas idôneas, de preferência escolhidas entre os passageiros. Elas assistirão a todo o ato, e assinarão o instrumento, com quem o escrever e com o testador. Se este não puder fazê-lo, uma delas o firmará a seu rogo.

Preferindo o modelo secreto, o testador, perante duas testemunhas que o reconheçam e entendam, entregará ao comandante ou escrivão de bordo a cédula por ele mesmo escrita e assinada, ou escrita por outrem a seu rogo, declarando no ato ser o seu testamento. O comandante ou escrivão, em seguida, e abaixo do escrito, certificará todo o ocorrido, datando e assinando

com o testador e as testemunhas.

Qualquer que seja a forma adotada, o registro do testamento (ou, no caso do cerrado, de sua aprovação) será feito no diário de bordo, que faz as vezes do livro de notas do tabelião (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários*, comentário ao art. 1.888).

Posto fale o Código em “viagem de alto-mar”, não destoia dos princípios se for o percurso ao longo de rio ou através de lago,²¹³ o que para nós é relevante, em face dos habituais e prolongados percursos fluviais e lacustres.

Duas peculiaridades apresentam esse tipo testamentário: *a)* não prevalece o testamento marítimo, se a embarcação estiver em pequeno cruzeiro, ou mesmo no curso de uma viagem, se ao tempo da facção o navio estava em porto onde o testador pudesse desembarcar e testar na forma comum (art. 1.892); *b)* caducará, se o testador não morrer na viagem nem nos três meses subsequentes ao seu desembarque em terra, onde possa fazer outro testamento, na forma ordinária (art. 1.891).

Testamento aeronáutico. Na trilha do que já previa o Código Civil italiano (art. 616), o Código Civil de 2002 incluiu entre as formas testamentárias especiais o testamento aeronáutico, feito perante pessoa designada pelo comandante de aeronave comercial ou militar (art. 1.889). Semelhante designação atende a que o comandante não deve afastar-se de suas funções. A disciplina é a mesma do testamento marítimo, *mutatis mutandis*.

A inovação antecipa-se de pouca relevância prática, como pondera Sílvio de Salvo Venosa: “Se a aeronave está em perigo, certamente o comandante e a tripulação não terão tempo de preocupar-se com um testamento. Se o voo é normal, não haverá o menor interesse de se fazer um testamento a bordo” (*Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 11.6). Pode ocorrer, porém, que, mesmo em condições normais de voo, o viajante, em delicado estado de saúde ou subitamente acometido de mal grave, queira testar: embora raras, são as hipóteses em que semelhante forma especial terá utilidade.

A redação do dispositivo remonta ao Projeto de 1965 (Orosimbo Nonato, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira).

Apesar da acanhada serventia, a expressa previsão do testamento aeronáutico conta com aprovação da doutrina.²¹⁴

462. TESTAMENTO MILITAR

Quem estiver a serviço militar, em campanha, dentro ou fora do País, poderá testar de forma especial ou privilegiada, sem as complexidades ordinárias, optando pelo tipo que se convizinha do público ou do cerrado.

Pelo comandante da sua unidade, que funcionará como notário, as declarações serão reduzidas a escrito perante duas testemunhas, que assistam ao ato, e o assinem com o oficial e o disponente. Se este não puder ou não souber fazê-lo, uma terceira o assinará a seu rogo.

Optando pelo tipo místico, o testador entregará ao oficial a carta, aberta ou fechada, escrita de seu punho ou por alguém a seu rogo, em presença de duas testemunhas. Nela será aposta pelo auditor ou oficial a data, devendo a anotação ser assinada inclusive pelas testemunhas.

Caducará o testamento militar desde que, depois dele, esteja o testador 90 dias seguidos em lugar onde possa testar de forma ordinária. Mas, se contiver as formalidades da anotação do auditor e subscrição de duas testemunhas, valerá como se não fosse um testamento especial (Código Civil, art. 1.895).

463. TESTAMENTO NUNCUPATIVO

Ao tratarmos do testamento no Direito Romano (nº 452, *supra*), aludimos a uma das fases de sua evolução, em que o testador proclamava a sua vontade perante as testemunhas (*nuncupatio*). Sobrevivendo na codificação justinianeia, conservou-se o testamento nuncupativo como pronunciamento verbal, sem registro escrito (*Per nuncupationem quoque, hoc est, sine scriptura... Institutas*, Livro II, Título 10, § 14). Daí, passou aos sistemas românicos e subsistiu em nosso direito anterior ao Código Civil de 1916. Valia como declaração *in extremis*, quando ao declarante, em risco de vida, faltava o tempo de testar outramente.²¹⁵

O Código Civil revogado não o conservou, e o atual tampouco dele cogita. Em princípio, o direito moderno o aboliu, na condenação generalizada a todo testamento verbal.²¹⁶ Em direito alemão, entretanto, é admitida uma espécie de testamento comunal ou municipal, efetuado perante a primeira autoridade do município em que se encontre a pessoa, *sub conditione* de se achar em real perigo de vida.²¹⁷

Em caráter excepcional e privilegiado, o nosso direito o admite, contudo, para aquele que serve sob as bandeiras e é ferido em campanha, ou empenhado em combate, sem tempo de dispor pela forma do testamento militar. O Código permite que o faça nuncupativamente (“oralmente”, como prefere a lei atual), confiando a sua última vontade a duas testemunhas (art. 1.896). Não terá, porém, efeito se o testador não morrer na guerra ou convalescer do ferimento.

Lugar sitiado ou isolado. Em edições deste volume anteriores ao Código Civil de 2002, sustentava-se que não seria despropositado estender o testamento especial aos casos de estar o testador insulado, não apenas por efeito de operação bélica, mas ainda por *inundação, epidemia ou outra causa análoga*, que o impedisse de dispor em forma ordinária.²¹⁸ No sistema vigente, a hipótese está, porém, compreendida no art. 1.879 (nº 460, *supra*).

464. CODICILO

Etimologicamente, o vocábulo traz em si a ideia romana de um diminutivo de *codex* – pequeno código – sem as características testamentárias.

Não chega a ser, portanto, um testamento, embora declaração de última vontade. Exige o requisito subjetivo da capacidade testamentária (Código Civil, art. 1.881), o que já vem do Direito romano, como repete Biondo Biondi: pode fazer codicilo *qui et testamentum facere potest*.²¹⁹

Constará de um escrito particular, datado e assinado, pelo qual uma pessoa faça disposições que, respeitadas como de última vontade, estão sujeitas a certas limitações. A data é requisito essencial (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LIX, § 5.909, nº 4; Orosimbo Nonato, *Estudos*, vol. I, nº 49; para o novo Código, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito da Sucessões*, nº 11.8; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.881, nº 5).

É também requisito essencial a firma do testador, não se admitindo a assinatura a rogo (Zeno Veloso, *Comentários...*, loc. cit., nº 6). Valem, para o codicilo, as demais observações antes formuladas acerca da assinatura no testamento particular (nº 460, *supra*).

Tal como em Direito romano, o codicilo vive a par do testamento e sem a este incorporar-se. Dada a sua menor projeção, não está subordinado aos

requisitos testamentários, dispensando testemunhas que o subscrevam (Pontes de Miranda, ob. cit., t. LIX, § 5.909, nº 4; Sílvio de Salvo Venosa, ob. cit., loc. cit.; Zeno Veloso, “Testamentos – Noções Gerais...”, pág. 166).

Em nosso direito anterior ao Código de 1916, era de grande valia, assumindo condições de verdadeiro testamento, cujas deficiências poderia suprir. Era frequente aditar a este uma “cláusula codicilar”, segundo a qual o testamento, em não valendo como tal, deveria respeitar-se como codicilo. Ele não validava o testamento nulo, mas convalidava aquele que pudesse atacar-se por ser inferior o número de testemunhas, ou figurar entre elas uma do sexo feminino.²²⁰

A carta codicilar poderá ter existência autônoma ou completar um testamento preexistente.

Pode revogar-se por outro codicilo, expressa ou tacitamente. Se, posteriormente a ele, o codicilante fizer testamento sem confirmá-lo ou sem que se induza a vontade manifesta de conservá-lo, considerar-se-á revogado (Código Civil de 2002, art. 1.884). Jamais terá, todavia, a força de revogar um testamento.²²¹

Não sujeito a requisito de forma, deve, entretanto, abrir-se com as cautelas do testamento cerrado, se o codicilante o mantiver fechado (Código Civil, art. 1.885).

Seu objeto é restrito: *a)* por uma carta codicilar, poderá o testador nomear ou substituir testamentário; *b)* haja ou não testamento, poderá o codicilante fazer disposições especiais sobre o seu enterro, ou sobre esmolas de pouca monta a determinadas pessoas, ou indeterminadamente aos pobres de certo lugar; *c)* é meio hábil para legar móveis, roupas ou joias, não muito valiosos, de seu uso pessoal. O critério de apuração do valor é relativo; terá em vista o estado social e econômico do disponente, e é deixado ao prudente arbítrio do julgador.²²² Não tem cabimento, porém, a redução das deixas codicilares pelo juiz, em argumento analógico com as disposições inoficiosas.²²³

Não é a cláusula codicilar meio idôneo de instituir herdeiro, nem comporta legados que exprimam valor ponderável.

Merece adesão o entendimento manifestado por Zeno Veloso (*Comentários...*, com. ao art. 1.881, nº 7), para quem o codicilo pode ser

usado para o reconhecimento de filho, a despeito de o art. 1.881 do Código Civil de 2002 a ele não se referir. Como bem observa aquele autor, o codicilo é “escrito particular” e, conquanto destinado a produzir efeitos após a morte do declarante, pode ser “arquivado em cartório”, assim preenchendo os requisitos do art. 1.609, nº II, do Código Civil atual; além disso, em matéria como a de que se trata, “a interpretação tem de ser construtiva, teleológica, humanitária, pois o direito de ter revelada a ascendência biológica é substancial, e diz respeito à dignidade da pessoa humana, que é um dos fundamentos da República Federativa do Brasil (CF, art. 1º, III)”.

CAPÍTULO CVII

DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

Sumário

465. Conteúdo do testamento. **466.** Interpretação do testamento.

Bibliografia

Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 71 e segs.; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, n^{os} 436 e segs.; Carlos Maximiliano, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, n^{os} 561 e segs.; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. II, n^{os} 518 e segs.; Orlando Gomes, *Sucessões*, 15^a ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, n^{os} 122 e segs.; Ludovico Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, n^{os} 132 e segs.; Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, n^{os} 77 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. II, § 97; Francesco Degni, “*Successione Testamentaria*”, in *Nuovo Digesto Italiano*, vol. XII, parte I, págs. 1.034 e segs.; Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, n^{os} 2.061 e segs.; Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, n^{os} 997 e segs.; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, t. VIII, vol. II, n^{os} 937 e segs.; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 43^a ed., Cedam, 2007, n^{os} 179 e 186-188; Enneccerus, Kipp *y* Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. I, §§ 18 e segs.; Ferreira Alves, *Manual do Código Civil Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. XIX, n^{os} 63 e segs.; Colin *et* Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, n^{os} 1.161 e segs.; Vittore Vitali, *Delle Successioni*

Testamentarie e Legittime, vol. II, nº 1.273 e segs.; Antonio Cicu, *El Testamento*, págs. 165 e segs.; Domenico Barbero, *Sistema Del Derecho Privado* (trad. da 6ª ed.), EJEa, 1967, vol. V; Roberto Triola, *Il Testamento*, Giuffrè, 1998; Lina Bigliazzi Geri, “Il Testamento”, e Enrico Perego, “I Legati”, in *Trattato di Diritto Privato* de Pietro Rescigno, 2ª ed., UTET, 2000, t. II, vol. 6; Giovanni Bonilini, *I Legati*, Giuffrè, 2001; Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, 2ª ed., Giuffrè, 2002, t. I; Francesco Galgano, *Il Negozio Giuridico*, 2ª ed., Giuffrè, 2002; Stefano Delle Monache, *Testamento*, Giuffrè, 2005; Umberto Vincenti, “L’Interpretazione della volontà testamentaria”, in *La Ricostruzione della volontà testamentaria*, org. pelo autor, Cedam, 2005; Antoni Vaquer Aloy, *La Interpretación del Testamento*, Cálamo, 2003; Werner Flume, *El Negocio Jurídico*, Fundación Cultural del Notariado, 1998 (tradução da 4ª edição); Zeno Veloso, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, 2003, vol. 21.

465. CONTEÚDO DO TESTAMENTO

Integrando-a na sua definição, já foi dito (nº 454, *supra*) que o testamento pode compreender disposições de cunho patrimonial e de natureza pessoal. As primeiras tão sobejamente superam as demais, que não faltam os que enxergam no testamento exclusivamente a disposição de bens (Jair Lins). No campo extrapatrimonial comporta o testamento a nomeação de tutor, o reconhecimento de filho, recomendações a respeito de funerais, de destino do corpo, e, ainda, referentes à educação de filho, ou disposições percutindo no direito familiar. Genericamente, as de natureza pessoal.

É, porém, na seara econômica que se colhe a maior expansão testamentária, com a instituição de herdeiro ou de legatário, o pagamento de obrigações civis e naturais, as substituições de herdeiros, o gravame imposto a bens legados e à legítima, e, finalmente, à deserdação.

Enorme é, então, a variedade da tipologia das cláusulas que encontram validade num e noutro campo. São ineficazes todas as que transpõem o limite do lícito ou contrariam os conceitos morais. São consideradas especialmente como não escritas as chamadas *cláusulas derogativas* ou *derrogatórias* (nº

476, *infra*), pelas quais o declarante por qualquer forma, direta ou indiretamente, contraria o princípio da revogabilidade do testamento ou dispensa nas suas solenidades.²²⁴ Tais disposições são nulas de pleno direito, por contrárias a preceitos que são de ordem pública.

Instituição de herdeiro. Já salientamos que o direito moderno difere fundamentalmente do antigo ao admitir que o testador pode dispor de seus bens no todo ou em parte (n^{os} 452 e 454, *supra*). O Direito Romano, com efeito, enunciava regra peremptória (*nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*), posto que se haja restrito aos civis (*nemo paganus partim testatus et partim intestatus decedere potest*).

Não se compreendia, naquele Direito, um testamento sem a *instituição de herdeiro*. A *heredis institutio*, como expressão originária, é o fio condutor de toda a evolução abrangente do largo período que vai da *Lex XII Tabularum* à Codificação Justinianeia.²²⁵ A ela se subordinavam todas as instituições, o que levou Gaius a qualificá-la de *caput et fundamentum totius testamenti*.²²⁶ Estabelecia, ainda, a utilização de fórmulas especiais para a nomeação, tais como “Titius heres esto”, ou “Titium heredem facio”, ou outras mais.

O direito moderno não o exige. Qualquer que seja a expressão usada, vale a *heredis institutio* no direito nosso. E, no que a diversificação se extrema do antigo, é em que cabe a nomeação de herdeiro e de legatário, pura e simples ou subordinada à condição, para certo fim ou por certa causa. Na falta de herdeiros necessários, pode-se dispor de todo o patrimônio instituindo herdeiros, ou legatários, ou distribuindo-o por uns e outros.²²⁷

Regra é, contudo, que só o disponente tem o poder de instituir herdeiros.²²⁸ E sem restrição quanto ao número destes.

Tornando-se necessário distinguir se o nomeado é herdeiro ou legatário, prevalece a intenção do testador, em cuja pesquisa militam as regras de hermenêutica adiante lembradas (n^o 466, *infra*), buscando não a sua vontade externa, porém a interna ou real.²²⁹ Critério prático é, entretanto, oferecido ao intérprete, dizendo-se que a instituição de herdeiro compreende sempre uma universalidade ou uma quota-parte do espólio representada por uma fração ou um complexo de bens, e o legado reside na menção de coisa singularmente transmitida.²³⁰

A instituição pura e simples opera desde logo, cabendo ao favorecido o direito à herança ou legado em consequência do fato mesmo da morte (Código Civil de 2002, arts. 1.784 e 1.923). Sobrevivendo um instante que seja depois do passamento do testador, o beneficiado transmite, aos respectivos herdeiros, os bens da herança ou legado (*successio iure transmissionis*, referida em nº 429, *supra*), ficando a entrega deste na dependência da homologação da partilha.²³¹

É, porém, indispensável que o nome do herdeiro ou legatário seja indicado no contexto mesmo do instrumento, não tendo qualquer validade a remissão a documento à parte, ainda que autenticado e indubitado.²³²

Prevalece como pura e simples a *disposição contumeliosa*, ou seja, a que institui legatário ou nomeia herdeiro sob crítica severa, injúria ou impropério. O Direito Romano, aliás, já proclamava a validade da cláusula: *Illa institutio valet: filius meus impiissimus male de me meritis, heres esto* (Digesto, Livro 28, Título V, fr. 48, § 1º).

Condição. Em suas linhas gerais, transpõe-se para o direito sucessório a teoria das modalidades dos negócios jurídicos (v. nº 95, *supra*, vol. I), com as observações que em especial tenham cabida.

Subordinada a deixa a uma *condição suspensiva*, somente produzirá efeitos após o seu implemento. Até então, o direito não foi adquirido, e, pois, nenhum pode ser retransmitido. Salientam os autores, contudo, a diferença de efeitos da *conditio* no negócio jurídico *inter vivos* e a sua aposição no direito *causa mortis*, mostrando que as obrigações condicionais se transmitem com esta modalidade, enquanto que a disposição *mortis causa* caducará em falecendo o beneficiado na pendência dela. E explicam que a relação obrigacional, embora *sub conditione*, já está formada, ao passo que a disposição testamentária, quando sujeita a uma condição suspensiva, permanece aguardando a sua realização para integrar a coisa no patrimônio do herdeiro ou legatário.²³³

O implemento da condição produz efeito retrooperante (*ex tunc*), considerando-se existente o direito desde a abertura da sucessão.²³⁴

A *condição resolutiva* não impede a constituição da relação jurídica, mas opera a sua extinção se vem a efetivar-se. Desta sorte, o herdeiro ou legatário perderá a coisa, em se dando o implemento da condição. Em alguns sistemas

jurídicos, somente os legados a comportam.

Não tem a realização da condição resolutiva efeito retrooperante. Verificando-se, a liberalidade fica sem efeito. Devolve-se a coisa deixada *ex nunc*, mas os frutos e rendimentos pertencerão ao sucessor condicional, que os não restitui, salvo disposição expressa do testamento.²³⁵

Na pendência da condição, variam as providências cautelares: se for suspensiva, pode o herdeiro ou legatário pedir caução que lhes garanta a entrega da coisa; se resolutiva, pode-lhes ser exigida caução que assegure a sua restituição (*cautio muciana*), salvo, num ou noutro caso, se o testador o dispensou.²³⁶

As condições hão de ser lícitas e possíveis, reportando-se os princípios aqui vigentes ao que ficou dito sobre as condições em geral (nº 96, *supra*, vol. I). Tendo, porém, em vista o propósito de aproveitar ao máximo as disposições testamentárias (*in favore testamenti*), a impossibilidade e a iliceidade da cláusula têm efeito meramente negativo, considerando-se em tais casos como não escrita, sem contaminar o ato, no pressuposto de que a intenção do testador ao nomear herdeiro ou legatário independia da *conditio*.²³⁷

Pela sua maior ocorrência, aludem os escritores (Orosimbo Nonato, Carlos Maximiliano, Itabaiana de Oliveira, Clóvis Beviláqua, Barassi) a certas cláusulas referentes ao *status* do herdeiro ou do legatário. E dizem da validade inequívoca da que assegura o benefício enquanto o favorecido permanecer em estado de viuvez (*si in viduitate manserit*), ou a que condiciona o legado à honestidade do legatário. Mas não podem prevalecer aquelas que atentam contra a moral, os bons costumes, a liberdade individual. Não vale a que impõe ou proíbe o casamento com determinada pessoa²³⁸ ou a que proíbe completar os estudos: não pode prevalecer a que impõe o celibato perpétuo ou determinada crença religiosa.²³⁹

Quando a condição visa a beneficiar um terceiro, considera-se cumprida, em caso de dúvida, quando o destinatário nega a sua cooperação ou recusa receber o pagamento.²⁴⁰

Encargo. Pode a herança ou legado vir subordinada a um encargo (disposição modal), que o favorecido terá de cumprir, em decorrência natural da aceitação.²⁴¹

Sua exigibilidade é a mesma assentada para o caso das doações modais (v. nº 232, *supra*, vol. III), salientando-se que se o encargo beneficiou pessoa determinada, poderá esta exigir o seu cumprimento; se de cunho social, compete este poder ainda ao Ministério Público; cabe também ao testamentário (nomeado pelo testador ou dativo), e bem assim a toda pessoa que tenha legítimo interesse econômico ou moral no seu implemento, em razão de uma percussão direta ou indireta dos seus efeitos.

O descumprimento do encargo, quando aposto à doação, somente dá lugar à sua revogabilidade, quando postulada esta pelo doador, faltando aos demais interessados *legitimatio* para tanto. No caso de disposição testamentária modal, cujos efeitos não podem pela própria natureza ocorrer em vida do testador, a caducidade não se imporá a pedido de nenhum interessado, salvo se na declaração de última vontade tiver sido consignada expressamente esta sanção.²⁴²

Não se confundindo a disposição modal com a condicional, resulta que o encargo imposto pelo testador não suspende a aquisição nem o exercício do direito.²⁴³ Na distinção, aliás, entre uma e outra, diz-se que o *encargo* é coercitivo mas não suspensivo, ao contrário da *condição* que é suspensiva mas não coercitiva, significando que o instituído é obrigado a cumprir o *modus* embora não dependa disto a aquisição do direito.²⁴⁴ O encargo não cumprido assemelha-se à condição não realizada, mas com efeitos *ex nunc*, isto é, a partir de quando se verificou o inadimplemento.²⁴⁵

Na dúvida quanto à natureza modal ou condicional da cláusula, manda a doutrina que se incline o intérprete pela primeira, que é mais favorável ao beneficiado.²⁴⁶

Disposição causal. Considera-se desta espécie a que vem acompanhada de sua razão determinante, não se confundindo, todavia, a *causa* com o *motivo* da declaração (v. nº 87, *supra*, vol. I).

Causa e encargo são modalidades semelhantes, mas não idênticas: uma disposição causal está preordenada a uma circunstância do passado, enquanto a cláusula modal se refere ao futuro.²⁴⁷

Nos seus efeitos, a falsa causa não invalida a disposição, salvo se dela depender expressamente. Mas, se for ilícita ou imoral, carreará a sua

nulidade.²⁴⁸

Não é de se confundir, porém, a causa *eficiente* ou *impulsiva*, com a chamada *causa final* ou *determinante*. A primeira é vazia de consequências, mas a segunda viciará o ato se for falsa ou inadequada à pessoa do herdeiro ou do legatário.²⁴⁹

Presume-se que o testador não a expressaria como motivo, se conhecesse a situação real. Mas, em mencionando a causa final, a ela vincula a própria instituição (deixo a Tício, porque é meu filho) e invalida-se a deixa se na verdade o não for.²⁵⁰

Termo. O Direito Romano não reconhecia validade de subordinação do testamento à circunstância temporal. No direito moderno, a repercussão do princípio não é uniforme, vigorando a doutrina romana em uns e em outros não. A matéria é, então, de política legislativa, ficando ao arbítrio de cada sistema admitir ou não o termo. No Direito italiano, o termo seja final seja inicial, se aposto à instituição de herdeiro, considera-se como não escrito, porque contrasta com o princípio da perpetuidade do título de herdeiro.²⁵¹

O Direito brasileiro faz uma distinção: proibindo a fixação do tempo em que deve começar ou cessar o direito do herdeiro (Código Civil de 2002, art. 1.898), abre ensanchar à sua ocorrência nos legados, cuja propriedade o legatário adquire desde a abertura da sucessão, restando a faculdade de reclamar a sua entrega em suspenso até o vencimento do prazo.²⁵² A instituição do herdeiro a termo tem-se como não escrita, mas às vezes a incerteza temporal pode equivaler à cláusula condicional,²⁵³ o que em Direito Romano já se proclamava: *Dies incertus conditionem in testamento facit* (*Digesto*, Livro 35, Título I, fr. 75).

A exceção legal é aberta com o *fideicomisso* que comporta o termo inicial (*ex die*), como o termo final (*ad diem*), e tudo veremos no lugar próprio (nº 472, *infra*).

Ônus e gravames. O testador tem o direito de impor aos bens deixados, tal qual o doador em relação às liberalidades entre vivos, cláusulas que os tornam *inalienáveis*, *impenhoráveis* e *incomunicáveis*. Estas restrições à sua disponibilidade já foram consideradas na classificação dos bens (v. nº 77, *supra*, vol. I) e nas restrições ao direito de propriedade (nº 301, vol. IV).

Sua incidência é admitida assim na herança testamentária quanto na legítima; nesta última, porém, condicionada à menção de uma “justa causa”, declarada no testamento (Código Civil de 2002, art. 1.848).²⁵⁴

A inalienabilidade torna a coisa indisponível, salvo desapropriação ou execução por dívidas providas de impostos relativos aos respectivos imóveis. Qualquer negócio jurídico, estipulado ao seu arrepio, incorrerá em nulidade.

Se vier a ser alienado o bem gravado, em expropriação ou executivo fiscal, ou se for judicialmente autorizada a sua alienação por necessidade ou conveniência manifesta do titular, dar-se-á necessariamente a sub-rogação em outro bem, com observância dos trâmites processuais.²⁵⁵

O efeito da cláusula de inalienabilidade sobre as coirmãs (impenhorabilidade e incomunicabilidade) já examinamos acima (nº 301, vol. IV). Na linha do que já assentaram a doutrina²⁵⁶ e a jurisprudência formadas à luz do Código Civil de 1916 (Verbete nº 49 da Súmula da Jurisprudência Predominante no Supremo Tribunal Federal), o Código Civil em vigor declara textualmente que a cláusula de inalienabilidade abrange as de impenhorabilidade e incomunicabilidade (art. 1.911). Pode estender-se a impenhorabilidade aos frutos e rendimentos (nº 381, vol. IV), só por cláusula expressa.²⁵⁷ Mas não se considera viável que a inalienabilidade abranja igualmente os frutos e rendimentos, porque, neste caso, o direito do herdeiro ou legatário seria nada: faltar-lhe-ia a disponibilidade, juntamente com o aproveitamento de seus créditos. Uma cláusula gravando a herança de inalienabilidade e impenhorabilidade, com extensão aos rendimentos, somente pode interpretar-se com o entendimento de que a extensibilidade prevista é relativa apenas à impenhorabilidade, restando os bens inalienáveis, mas disponíveis os frutos e os rendimentos, salvo os ainda não percebidos.

Não subsistirão as cláusulas restritivas se desaparecerem as circunstâncias fáticas que as ditaram.²⁵⁸

Além desses ônus e gravames, conhecidos e praticados em nosso direito, o sistema alemão conhece ainda outras modalidades de restrição “bem intencionada”, imposta por testamento à livre disposição dos bens da herança (BGB, art. 2.338). Além da substituição fideicomissária, ali admitida, pode ainda o testador conferir a administração dos bens do herdeiro a um executor testamentário (testamenteiro) por toda a vida do descendente. Mas, em

qualquer caso, deverá indicar a causa da disposição, e se o não fizer, ou se a causa inexistir ou não for provada, a limitação será ineficaz.²⁵⁹

Em suas “Disposições Finais e Transitórias”, o Código Civil de 2002 (art. 2.042) determina a aplicação do art. 1.848, *caput*, às sucessões abertas no prazo de um ano contado de sua entrada em vigor, devendo o testador, naquele prazo, aditar o testamento, feito anteriormente, para declarar a “justa causa” que o levou a impor cláusula restritiva à legítima; não subsistirá tal cláusula testamentária sem que se faça o aditamento.

Na 15ª edição deste volume (a primeira que se seguiu à entrada em vigor do Código atual), sustentou-se que a forma a ser adotada para o aditamento seria a mesma do testamento que se pretendesse aditar. Revendo o ponto, soa mais adequado dizer que o aditamento, de que aqui se cogita, há de ser feito mediante *outro testamento*,²⁶⁰ adotando-se qualquer das formas testamentárias admitidas em lei.

466. INTERPRETAÇÃO DO TESTAMENTO

O problema da hermenêutica da vontade é uma constante, e consiste em perquirir o querer do agente. Cogitando da interpretação do negócio jurídico, o Código Civil de 2002 (art. 112) enuncia regra segundo a qual, nas declarações de vontade, se atenderá mais à intenção nelas consubstanciada do que ao sentido literal da linguagem. Sendo o testamento um negócio jurídico (nº 454, *supra*), o princípio é transponível para aqui. Mas em face da necessidade de um maior aproveitamento do ato (*favor testamenti*), cujos efeitos ocorrem num momento não raro, distante daquele da emissão volitiva, o legislador enuncia norma ainda mais abrangente, e estabelece que, na diversidade de entendimentos que uma cláusula testamentária possa comportar, prevalecerá a que melhor assegure a observância da vontade do testador (Código Civil em vigor, art. 1.899). Os autores salientam, ao propósito, que se atenderá à vontade expressa, como presumida do disponente.²⁶¹ O Código Civil alemão contém disposição análoga (BGB, art. 2.084), recomendando a interpretação através da qual possa a disposição ter eficácia, não no sentido de se entender necessariamente favorável ao instituído, senão a que implique a sua efetividade.²⁶² Não sendo o testador um técnico, e nem sempre recorrendo à

assistência de pessoa habilitada, poderá empregar mal as expressões, ou usar vocabulário menos preciso. Diz-se, então, que elas se interpretam *naturaliter*, mas não *civiliter*,²⁶³ isto é, na sua acepção corrente e não no sentido técnico. Consequentemente, não importam as palavras na sua literalidade, mas cumprirá ao intérprete apurar a verdadeira intenção, ou o querer interno do testador,²⁶⁴ se bem que se valendo, obviamente, do instrumento verbal que é o veículo de manifestação da vontade.²⁶⁵

Por óbvio, o *nomen iuris*, inadequadamente empregado pelo testador, não vincula o intérprete (v. g., “herdeiro” em lugar de “legatário”, ou vice-versa).²⁶⁶

Com bom apoio nas fontes clássicas, Itabaiana de Oliveira menciona 30 regras de aplicação, ora genérica, ora específica às disposições de última vontade, todas úteis e de fácil invocação, para esclarecer as cláusulas duvidosas.²⁶⁷ Não se pode perder de vista, além do que acima se disse, que ao fator psíquico da declaração testamentária não falta o elemento afetivo, em torno dela explodindo às vezes paixões e interesses em conflito. Outros subsídios, extraídos das relações pessoais, como de documentação privada, podem concorrer no esclarecimento, quando a análise da manifestação cartular se revela inoperante.²⁶⁸

O hermeneuta da vontade testamentária não pode perder de vista que ela há de ser genuína, espontânea, completa e definitiva, isto é: emanada do próprio querer do disponente, sem qualquer influência captatória, continente dos elementos hábeis à determinação do objeto e do destinatário, e finalmente deverá constituir-se de cédula completa posto que revogável, não valendo um projeto, rascunho ou esboço.²⁶⁹

Tenha-se em mente que o *objeto* da interpretação, em matéria testamentária, é a vontade *documentada na cédula*, ainda que para sua perfeita compreensão seja imprescindível recorrer a elementos extrínsecos. Não tem qualquer relevância jurídica a exteriorização, sem a adoção de uma das formas testamentárias, do mero desejo de testar em favor de determinada pessoa, assim como carece de importância uma vontade que permaneceu “interna”, na mente do testador, sem nenhuma correspondência com aquilo que foi por ele efetivamente escrito.²⁷⁰ Desse modo, “as palavras empregadas

pelo testador constituem ao mesmo tempo objeto e meio de interpretação”.²⁷¹

São, pois, irrelevantes eventuais *mudanças* de vontade do testador, se deixarem de exteriorizar-se por meio de alguma das formas testamentárias legalmente previstas.²⁷²

Os princípios gerais acerca da interpretação testamentária valem tanto para a instituição de herdeiros como de legatários.²⁷³

O testamento e as regras (da Parte Geral) sobre interpretação do negócio jurídico. O Código Civil de 2002 suscita a questão da aplicabilidade ao testamento das regras, contidas em sua Parte Geral, relativas à interpretação do negócio jurídico (*gênero* de que a manifestação de última vontade constitui *espécie*, como exposto em o nº 454, *supra*).

Em especial, cabe perquirir se o testamento se sujeita ao cânon da interpretação *conforme a boa-fé* (Código Civil, art. 113, primeira parte).

A indagação encontra precedentes no direito comparado.

Na Itália, predomina amplamente a resposta negativa,²⁷⁴ sob o argumento básico de que, na interpretação do testamento, importa considerar a vontade efetiva do testador, e não qualquer confiança que o ato haja porventura suscitado em terceiros.²⁷⁵ Argumenta-se que a boa-fé teria a função de resolver *conflitos de interesses* entre participantes de um mesmo negócio, circunstância insuscetível de ocorrência em negócio jurídico unilateral, como o testamento,²⁷⁶ onde a única vontade juridicamente relevante (e, pois, passível de ser interpretada) é a do próprio testador. Já na vigência do Código de 1865, aliás, afirmava-se a incompatibilidade entre a interpretação testamentária e uma regra interpretativa cuja incidência tem por pressuposto uma declaração *receptícia* de vontade.²⁷⁷

Na Alemanha, de igual modo, doutrina e jurisprudência, embora admitam a aplicação do § 157 do BGB aos negócios unilaterais,²⁷⁸ todavia, a excluem em matéria testamentária.²⁷⁹ Obras recentes confirmam semelhante orientação.²⁸⁰

Essa brevíssima incursão pelo direito comparado indica que, também entre nós, a interpretação do testamento não se subordina à regra do art. 113, primeira parte, do Código Civil de 2002. Embora o enquadramento dogmático do ato de última vontade (*espécie* de negócio jurídico) sugira sua automática

submissão às normas do Livro I, Título III, da Parte Geral, deve o intérprete perquirir se a disciplina ali contida efetivamente se harmoniza com a natureza do negócio testamentário;²⁸¹ e a resposta, no caso, é negativa. Como tem ressaltado a doutrina, “o domínio da boa-fé objetiva é o direito das obrigações, e em especial o dos contratos”;²⁸² é nesse campo que surgem relações de troca, nas quais é preciso resguardar as expectativas geradas em seus destinatários por manifestações e comportamentos alheios.²⁸³ Nada disso tem a ver com o fenômeno sucessório.

Tampouco têm relevância os “usos do lugar” (art. 113, segunda parte). Se, entre duas interpretações diferentes, deve prevalecer “a que melhor assegure a observância da vontade do testador” (art. 1.899), não é correto atribuir a alguma expressão, presente na cédula, seu sentido corrente em determinada praça, quando haja elementos indicativos de que o testador a empregou em sentido diverso,²⁸⁴ ainda que inusitado. Então, uma de duas: ou existe coincidência entre os “usos do lugar” e o modo pelo qual se expressa o testador, ou, se houver desconformidade, a interpretação (em obediência à norma do art. 1.899) dará prevalência ao sentido com o qual o testador empregava a palavra ou locução, ainda que o fizesse em caráter singularíssimo.

Já no tocante ao art. 114 do Código Civil de 2002, na parte relativa aos “negócios jurídicos benéficos”, deve-se admitir sua aplicação ao testamento, cuja gratuidade é da própria essência do ato (nº 454, *supra*): assim, na dúvida, interpreta-se o legado da maneira menos gravosa ao herdeiro encarregado de cumpri-lo (*favor heredis*).²⁸⁵

Certeza subjetiva. Ao instituir herdeiro ou legatário, o testador terá de nomear pessoa certa, isto é, identificada. Se incerta ou indeterminada, a disposição é inexecúvel. A designação conterà o nome do instituído, ou mencionará características que o distinguem exatamente (*e.g.*, “instituo minha afilhada, filha de Tício”) ou, ainda, elementos que permitam, dentro de uma indeterminação relativa, vir a determinar-se o beneficiado (como, *e.g.*, se o testador institui a prole eventual de determinado casal). Se, entretanto, não for possível, quer direta, quer indiretamente, determinar o favorecido, é nula a disposição (Código Civil, art. 1.900, nº II).²⁸⁶

Valerá, contudo, a disposição a favor de pessoa incerta que deva ser

determinada por um terceiro, dentre duas ou mais mencionadas pelo testador, ou pertencentes a uma família, ou a um corpo coletivo, ou a um estabelecimento por ele designado (Código Civil, art. 1.901, nº I).

O *erro* na designação da pessoa do herdeiro ou legatário (como da coisa legada) anula a disposição. Mas é possível convalidá-la valendo-se o interessado da utilização de meios mesmo hexógenos à declaração,²⁸⁷ tais como outros documentos ou fatos inequívocos que permitam identificar a pessoa (ou coisa) a que o testador quis referir-se (Código Civil, art. 1.903). Não constitui, entretanto, erro no designar (uma ou outra) a *falsa demonstração*, que consista em explicar ou justificar a deixa, se vem a incorrer em equívoco relativamente à pessoa (ou coisa) que teve em mira esclarecer.²⁸⁸

Certeza objetiva. É tão relevante quanto a da pessoa instituída, e a ela, como ao erro no objeto, aplicam-se princípios referentes à certeza subjetiva. A coisa legada há de ser certa, isto é, determinada pelo testador mesmo, ou determinável, segundo o critério por ele fornecido. Poderá comportar, porém, alguma flexibilidade em casos especiais, de que são exemplos o legado de alimentos, ou de coisa mencionada pelo gênero, ou o legado alternativo. Sendo, por qualquer meio, determinável a coisa, é válida a disposição; se, porém, indeterminável, nula será.²⁸⁹

Outras regras devem observar-se que, ou são deduções e desenvolvimentos dos princípios básicos, ou dizem respeito a certas peculiaridades de cláusulas dispositivas, cujo esclarecimento a lei já fornece quase casuisticamente. A doutrina, em reminiscência à elaboração romana, e com dados colhidos da experiência jurisprudencial, completa-os.

Nomeando o testador dois ou mais herdeiros, sem discriminar as partes de cada um, dividir-se-á por igual entre elas a parte disponível (Código Civil, art. 1.904). Mas havendo a nomeação de alguns individualmente e de outros coletivamente, reparte-se a herança em tantos quinhões quantos forem os grupos e os indivíduos (Código Civil, art. 1.905), tal como se procedia em Direito Romano: presume-se que a intenção do declarante teria sido considerar todo o grupo como uma só pessoa, em igualdade de tratamento com o indivíduo identificado (exemplo clássico: se o testador nomeia seus herdeiros Tício e os filhos de Ático – presumir-se-á que estes, em conjunto,

recebem em igualdade com aquele). Mas a presunção (*iuris tantum*) será ilidida, se se provar que a intenção do disponente foi diversa.

Da mesma forma que o testador pode pretender que a parte de um herdeiro testamentário se componha de determinados bens, tem a liberdade de retirar de seu quinhão certo objeto; neste caso, o bem excluído tocará aos herdeiros legítimos (Código Civil, art. 1.908).

Ao herdeiro, tanto legítimo quanto testamentário, poderá ser conferida uma coisa particular: em relação a ela, deverá ser ele considerado legatário, não se lhe imputando o valor na legítima, se couber na meação disponível do testador, nem será computado se se tornar necessário alterar (para mais ou para menos) os quinhões dos demais herdeiros.²⁹⁰

Depreciação do dinheiro. Sempre ocorre, nos legados de quantia em dinheiro, o problema trazido pela inflação, tanto mais grave, quanto maior o tempo decorrido desde a data da facção testamentária. Não é raro que a soma deixada pelo defunto se torne ínfima, irrisória mesmo, no momento de se cumprir a sua vontade. Na hermenêutica desta, hão de ser considerados vários fatores, não se deixando de apreciar a circunstância de que não é fácil estar refazendo o testamento periodicamente. Um fator relevante será a finalidade do legado: remuneração de serviço recebido, alimentos ou estudos do legatário, custeio de encargo específico, ou qualquer outra semelhante, sensível diretamente à desvalorização monetária. Como princípio genérico deve-se assentar que os legados pecuniários não se revalorizam sempre. Mas, tendo em consideração o objetivo do testador, o propósito por este manifestado, e demais ponderações peculiares a cada caso, dever-se-á entender que a liberalidade está sujeita a corrigir-se quantitativamente, para acompanhar a elevação dos custos.²⁹¹

Admite-se que o próprio testador eleja o critério de correção do valor do legado.²⁹²

CAPÍTULO CVIII

LEGADOS

Sumário

467. Objeto dos legados. **468.** Espécies de legados. **469.** Pagamento dos legados. **470.** Caducidade dos legados.

Bibliografia

Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, II, n^{os} 527 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 87; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, n^{os} 679 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, n^{os} 846 e segs.; Orlando Gomes, *Sucessões*, 15^a ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, n^{os} 147 e segs.; Ludovico Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, n^{os} 145 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. II, § 100; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, n^{os} 2.110 e segs.; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, n^o 1.017; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. VIII, vol. II, n^{os} 1.051 e segs.; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 43^a ed., Cedam, 2007, n^o 189; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. II, §§ 101 e segs.; Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, n^{os} 85 e segs.; Colin et Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, n^{os} 1.161 e segs.; Vittore Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. II, n^{os} 1.403 e segs.; Enrico Perego, “*I Legati*”, in *Trattato di Diritto Privato* de Pietro Rescigno, 2^a ed., UTET, 2000, t. II, vol. 6; Giovanni Bonilini, *I Legati*, Giuffrè, 2001;

Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, 2ª ed., Giuffrè, 2002, t. II; Carlos Cuadrado Pérez, *El Legado Alternativo*, Dykinson, 2003.

467. OBJETO DOS LEGADOS

Embora campeie certa indecisão no caracterizar e distinguir o legado, este se não confunde com a herança, e o legatário com o herdeiro. A herança compreende a sucessão legal ou testamentária, *in universum ius defuncti*, isto é, na totalidade dos bens ou numa quota-parte deles. Legado é peculiar à sucessão testamentária, e incide necessariamente sobre uma coisa certa e determinada, o que o classifica como sucessão a título singular, posto que *mortis causa*. Ao contrário, pois, da herança, que é indefinida, o legado é definido.²⁹³ Como liberalidade que é, assemelha-se a uma doação, de que difere pelo fato de ser ato unilateral e produzir seus efeitos *mortis causa*.

Tal era o conceito romano, consignado na definição de Modestino, que tem atravessado os séculos: *Legatum est donatio testamento relicta* (*Digesto*, Livro 30, Título II, fr. 36).

E hoje podemos conceituar como liberalidade feita em testamento a uma pessoa designada.

Vagando nessas águas, o nosso direito repele a ideia de legado universal ou legado a título universal, que a doutrina francesa amplamente desenvolve.²⁹⁴

Consiste, habitualmente, numa liberalidade, e por isto mesmo é frequente defini-lo como tal. Não se deve, porém, considerar da sua essência o *animus* de outorgar um benefício, uma vez que se não desfigura, se for totalmente absorvido pelos encargos, ainda que venha a se converter em ônus para o legatário.²⁹⁵

Quanto ao modo de instituição, já vimos que a do herdeiro pode ser tácita. O mesmo não ocorre com o legatário, resultante sempre de uma designação explícita.²⁹⁶ Não importa, porém, a expressão vocabular do testador, se ele designa o herdeiro com o nome de legatário ou, *vice-versa*, chama o legado de herança.²⁹⁷ O que tem importância é a essência da declaração, pela qual se qualifica a vontade testamentária relativamente a uma pessoa ou a uma coisa.²⁹⁸ E, particularmente, o fato de que o testamento deve indicar a pessoa a quem destina o objeto. A respeito deste, estendemo-nos em seguida.

Pode o testador instituir legatário pessoa inexistente no momento da testificação, vindo a existir após a abertura da sucessão.²⁹⁹ Contendo a cédula os elementos que permitam *determinar* a pessoa do favorecido, prevalece a liberalidade. Não subsiste, contudo, se o disponente o deixa a alguém que deva ser designado pelo herdeiro ou por outrem. O Direito Romano, aliás, não admitia o legado a *personae incertae*, isto é, a alguém de que o testador não fazia ideia ao dispor.³⁰⁰

Os autores designam com a denominação específica de “prelegado” aquele que é feito ao herdeiro, refletindo dupla situação, inteiramente lícita, e cujos efeitos já vimos acima.³⁰¹

Objeto do legado – Não pesa dúvida a determinação da natureza do bem que pode ser objeto do legado: coisas corpóreas (imóveis, móveis, semoventes), bens incorpóreos (títulos, ações, direitos), alimentos, créditos, dívidas.³⁰² Pode o legado consistir num *fato* ao invés de incidir numa *coisa*, mas somente na hipótese de constituir ele objeto de uma obrigação; e ainda tem de ser lícito, possível, e útil ao legatário.³⁰³ Tudo, pois, que seja economicamente apreciável pode ser transmitido a título de legado.

Não se confundindo, portanto, com a herança, está sujeito a normas que lhe são próprias, definindo as suas *espécies*, o *seu pagamento*, e as causas determinantes de sua *caducidade*, e é sob estes três itens que o tema será em seguida desenvolvido, no parágrafo seguinte (as espécies) e nos demais, tudo que se relaciona com o seu pagamento e a sua caducidade.

468. ESPÉCIES DE LEGADOS

Pela sua natureza e pelo modo como se especificam, várias são as espécies de legados. Podem concretizar-se em coisa própria ou alheia, ser determinados no próprio testamento ou não, e ainda esgotar-se em prestação única ou sucessiva. Cada um deles com sua própria configuração.

1. *Puro ou modal*. Pode o testador gravar o legado com encargo ao legatário; ou deixá-lo *puro e simples*. No primeiro caso, a aceitação do legado induz anuência ao ônus que o acompanha. Lícito, ainda, subordiná-lo a condição (*legado condicional*) ou a termo.

2. *Coisa alheia*. O Direito Romano admitia o legado de coisa alheia,

envolvendo a obrigação imposta ao herdeiro de adquiri-la para o respectivo cumprimento (*Institutas*, Livro II, Título XX, § 4º). Em nosso direito anterior ao Código Civil de 1916, distinguiram os escritores quando o testador assim procedia conscientemente ou se incorria em erro, e neste último caso era inválido.³⁰⁴ Pondo termo a dúvidas, o Código Civil de 1916 (art. 1.678) declarava nulo o legado de coisa alheia, acrescentando que a aquisição ulterior produziria efeito retrooperante, convalidando-o, como se ela fora sua desde o momento da facção testamentária. Com fórmula mais sintética e precisa, o Código Civil de 2002 declarou *ineficaz* o legado de coisa *certa* que não pertença ao testador no momento da abertura da sucessão (art. 1.912). Válida ainda é a deixa, se estabeleceu o testador (*disposição modal*) que o herdeiro a adquira para ser entregue ao favorecido.³⁰⁵

Reversamente, é ineficaz o legado de coisa que no momento da abertura da sucessão já tenha sido alienada pelo testador.³⁰⁶

3. *Coisa do herdeiro ou legatário*. Pertencendo ao herdeiro ou legatário coisa que o testador mande entregar a terceiro, considera-se *condicional* a instituição: se a determinação não for cumprida, presume-se que o herdeiro ou legatário renunciou à herança ou ao legado. Trata-se de *praesumptio iuris et de iure*, cujo efeito é retirar ao beneficiado todo direito (Código Civil, art. 1.913).

Sendo a coisa pertencente em parte a terceiro e em parte ao testador ou ao herdeiro ou legatário (*legado de coisa comum*), é nulo o legado na parte pertencente ao terceiro, e válido na outra, salvo se de seu contexto se inferir que continha o encargo atinente à sua aquisição (Código Civil, art. 1.914).

4. *Legado de gênero*. Determinada a coisa móvel pelo gênero ou pela espécie, será cumprido ainda que não exista entre os bens da herança, cabendo ao herdeiro entregar ao legatário coisa do mesmo gênero e na quantidade estabelecida (Código Civil, art. 1.915).³⁰⁷ Incumbindo ao herdeiro a determinação do objeto legado, dentre os que se incluem em certo gênero, considerar-se-á como coisa certa, a partir de quando se dê a especificação.³⁰⁸ Descabe, todavia, o legado de imóvel designado genericamente, pois que se equipara a um *corpus ignotum*, que o torna inexecutível.³⁰⁹

5. *Coisa singularizada e legado de universalidade*. Se o testador

especificou a coisa por suas características individuais, o legado somente terá eficácia se, na data do falecimento, ela se encontrar entre os bens do espólio. Em caso contrário, considera-se o legado sem objeto, ainda que tenha existido antes, e qualquer que haja sido a causa do desaparecimento. Mas, se existir parcialmente, somente terá eficácia na parte subsistente (Código Civil, art. 1.916).

Mencionando o testador uma espécie inteira (legado de universalidade), e não apenas algumas unidades, valerá o legado como abrangente de todas as coisas do gênero existentes no espólio, como é o caso de alguém se referir “aos livros de minha biblioteca” ou ainda “aos meus livros”.³¹⁰ Ressalvam-se apenas aquelas coisas que sejam acessórias de outra, ou a ela ligadas como parte integrante.³¹¹

6. *Determinação do lugar.* O legado de coisa ou quantidade, que se deva retirar de certo lugar, só terá eficácia se for ali encontrada, e dentro da quantidade que ali se achar (art. 1.917). A disposição merece, entretanto, uma ressalva, que o Código Civil de 2002 tornou textual: se tiver sido retirada temporariamente do lugar designado, o legado prevalece,³¹² como no caso de o testador referir-se ao “quadro que se acha na sua casa de campo”, mas que, no momento da morte, tenha sido removido para substituição da moldura.

A remoção, para não atingir a eficácia do legado, há de ser *temporária* (“a título transitório”), circunstância que se deve examinar à luz da *natureza* da coisa legada: assim, se o testador legou as joias guardadas em determinado cofre, mas, no momento do óbito, ocorrido durante banquete por ele promovido, eram elas usadas pela mulher, o legado é eficaz.³¹³

A remoção, se definitiva, opera, *objetivamente*, a ineficácia do legado, não sendo lícito indagar se o testador pretendia ou não produzir semelhante resultado.³¹⁴

É irrelevante, todavia, a remoção feita por um *terceiro*, sem o conhecimento do testador, a não ser que se trate de mandatário ou de pessoa que obtenha a ratificação de seu ato (inclusive pela omissão do testador, ciente da remoção, em repor a coisa ao local onde ela antes se encontrava).³¹⁵

7. *Crédito.* Legado um crédito ou uma dívida somente terá eficácia até a concorrente quantia do crédito ou do débito, na data do falecimento (Código

Civil, art. 1.918). O recebimento correspondente pelo testador esvazia o legado, que restará sem objeto. Acontecendo, todavia, que o testador, conserve destacadamente a coisa ou quantia recebida, presume-se havê-la mantido em custódia (*pro deposito*) para o legatário, cumprindo, pois, ao herdeiro efetuar a entrega.³¹⁶

O legado de crédito equivale a uma cessão *mortis causa* do mesmo, aplicando-se-lhe o princípio vigorante para a transferência *inter vivos*, segundo o qual o cedente não responde pela sua liquidez (*bonitas nominis*), senão pela sua existência (*veritas nominis*), conforme explicado (nº 181, *supra*, vol. II). Daí esclarecer a lei que o legado se cumpre mediante a simples entrega dos títulos ao legatário (Código Civil, art. 1.918, § 1º).

Mas é um legado que se limita às dívidas existentes na data do testamento, não compreendendo as posteriores (Código Civil, art. 1.918, § 2º), salvo, evidentemente, disposição em contrário.

O crédito legado deve existir ao tempo da abertura da sucessão, embora ainda inexigível ou indeterminado,³¹⁷ como, no primeiro caso, o crédito cujo exercício esteja subordinado a um termo inicial (Código Civil, art. 131), e, no segundo, aquele oriundo de sentença condenatória pendente de liquidação.

8. *Quitação de dívida.* Também pode ser objeto de liberalidade a exoneração do legatário que seja devedor ao disponente (*legatum liberationis*), revestindo aspecto de renúncia de um direito a ele oponível, ou efetivando-se por via de declaração liberatória do legatário. Cumpre-se o legado mediante a entrega do título, ou passando-se instrumento de quitação. Salvo disposição em contrário, nele estão compreendidos os juros, pois *accessorium sequitur principale*. Restringe-se ao débito mencionado no testamento, não se estendendo a outros posteriores, pois cada obrigação é um direito autônomo; abrange a exoneração plena do legatário, se o testador lhe legou todos os seus débitos, sem distinção nem limitação, e ao intérprete não é lícito restringir à vontade do declarante, a título de aclará-la.³¹⁸ Se o legatário nada dever, caduca o legado. E se já tiver pago parcialmente a dívida, reduz-se ao saldo remanescente, sem direito à restituição.³¹⁹

9. *Compensação.* Embora importe a extinção das obrigações, quando as mesmas pessoas são credora e devedora uma da outra (v. nº 163, *supra*, vol. II), não se opera a compensação da sua dívida com o legado, que ele faça ao

credor a não ser que expressamente o declare (Código Civil, art. 1.919). Subsistirá do mesmo modo integralmente esse legado se a dívida lhe for posterior e o testador a solveu antes de morrer (Código Civil, art. 1.919, parágrafo único).

10. *Alimentos*. Pode o testador deixar em legado os alimentos do legatário, e compreenderão o indispensável à vida (Código Civil, art. 1.920): alimentação, vestuário, habitação, tratamento (nº 427, *supra*, vol. V). Se for o legatário menor, abrangerão ainda a educação. Em falta de estipulação expressa, é difícil a sua estimativa, para que guarde um meio-termo razoável, não se restringindo a cifra ínfima e não se convertendo em aproveitamento do alimentando. O juiz os fixará *cum arbitrio boni viri*, tendo em vista o volume dos bens deixados, a condição social do legatário, e outros elementos, posto que estranhos ao testamento, como sejam cartas e documentos, e ainda a circunstância de, em vida, estar o alimentário na dependência do *de cuius*. Se os alimentos são expressamente vinculados a um imóvel determinado, constituem ônus real,³²⁰ e como tal se inscrevem no respectivo registro. E se vierem subordinados à cláusula “enquanto durar a pobreza” (ou análoga), terminará com a necessidade.³²¹ Paga-se por períodos adiantados (Código Civil, art. 1.928, parágrafo único).

Sobre a possibilidade de *atualização monetária* do valor do legado, veja-se, neste volume, o nº 466, *supra*, subtítulo “*Depreciação do dinheiro*”.

11. *Imóvel*. Legada uma propriedade imóvel, não se compreendem na liberalidade novas aquisições que lhe tenha ajuntado o testador, ainda que contíguas, salvo expressa declaração em contrário (Código Civil, art. 1.922). Mas as benfeitorias necessárias, úteis ou voluptuárias, feitas no prédio, a ele aderem, para se compreenderem no legado (art. 1.922, parágrafo único). Aqui, como em tudo mais que se prenda à interpretação da vontade testamentária, predomina a intenção (*potentior quam vox mens dicentis*). Os escritores fornecem alguns exemplos de extensão do benefício: se, no terreno, o testador ergue uma construção, revela o propósito de aditá-la ao legado; se, após a declaração de última vontade, aumentar o recinto de um terreno fechado, manifesta o desígnio de incluir o acrescentamento.³²²

12. *Usufruto*. Quando for legado um usufruto sem especificação de tempo, entende-se que prevalecerá pela vida do favorecido (Código Civil, art. 1.921).

Somente quem tem a propriedade plena pode fazê-lo, não sendo lícito, portanto, que um usufrutuário legue o seu direito de usufruto.³²³ Não tem validade a constituição de *usufruto sucessivo* (v. nº 343, *supra*, vol. IV), que consiste na instituição de dois usufrutuários que o gozarão escalonadamente (e. g.: “deixo tal bem em usufruto a meu sobrinho Tício, o qual passará a seu filho Ático por sua morte”). Não há proibição, todavia, no legado de um usufruto simultâneo, em que os usufrutuários são instituídos ao mesmo tempo, ainda que o seu exercício possa realizar-se progressivamente (*usufruto progressivo*). Por morte de qualquer dos usufrutuários, incide o art. 1.411 do Código Civil, extinguindo-se ou não, em parte, aquele direito, conforme houver disposto o testador.

13. *Legado remuneratório*. Os escritores aludem ainda ao que denominam *legado remuneratório*, em paralelismo com as doações de idêntica finalidade. É uma ideia um pouco confusa, porque, se o testador o faz em remuneração do que deve, não é legado, porém pagamento. Poderá, contudo, realizar-se sem perder o caráter de liberalidade, se a disposição visa a gratificar serviço prestado, mas não provido de ação para exigir a contraprestação.³²⁴ Sendo exigível o pagamento, o legado remuneratório não ilidirá a ação de cobrança, mas é incompatível com ela: aceitando a liberalidade, o legatário renuncia à ação.

469. PAGAMENTO DOS LEGADOS

O princípio que norteia a produção de *efeitos dos legados* gira em torno da ideia central de realizarem a transmissão de bens a *título singular*. O legatário não sucede *in universum ius defuncti*, mas recebe coisa certa ou direito determinado. Não sendo um continuador da pessoa do *de cuius*, não se imite *ex propria auctoritate* na posse da coisa legada (Código Civil, art. 1.923, § 1º). Isto não obstante, adquire direito sobre o bem (se de coisa *certa* se tratar) desde a abertura da sucessão (Código Civil, art. 1.923). Tem assim um direito à coisa (*ius in re*), distinguindo-se esta eficácia real da denominada eficácia obrigatória (*ius ad rem*), que se verifica nos legados de gênero.³²⁵ Na execução da deixa, o legatário *terá de pedir* a sua entrega,³²⁶ salvo se o testador dispuser diversamente. O legado pode ser pedido ao herdeiro, ao legatário ou ao testamentário, segundo o que for estabelecido no instrumento.

Não havendo designação de quem o execute, será pedido a todos os herdeiros instituídos.³²⁷

Tal direito não poderá ser exercido na pendência de condição suspensiva ou de termo, nem enquanto se litiga sobre a validade do testamento (Código Civil, art. 1.924). No legado puro e simples, a coisa certa, desde que já existente no acervo hereditário, pertence ao legatário desde o dia da morte do testador, e a ele caberão os frutos e rendimentos respectivos (Código Civil, art. 1.923 e § 2º). O herdeiro lhe entregará no estado em que se achar naquela data – *talis dari debet qualis relictus* est – com os seus acessórios, respondendo pelos prejuízos que advierem de culpa sua.³²⁸

Sendo *de dinheiro*, os juros de mora correm a partir da constituição em mora da pessoa obrigada a prestá-lo (Código Civil, art. 1.925). Mas se for *de renda* vitalícia ou temporária, ou de quantidades certas em prestações periódicas, datará da morte o primeiro período (Código Civil, arts. 1.926 e 1.927). O *legado de alimentos* paga-se por períodos adiantados, ressalvada disposição testamentária em contrário (Código Civil, art. 1.928, parágrafo único).

No pagamento de legado de *coisas determinadas pelo gênero*, a escolha far-se-á na que guarde um meio-termo entre as congêneres, quer a escolha pertença ao herdeiro, quer a um terceiro, não sendo lícito àquele entregar a pior, nem a este indicar a melhor (Código Civil, arts. 1.929 e 1.930).

Deixada, porém, ao legatário a opção, poderá ele escolher a melhor que, no gênero ou na espécie, exista no espólio. Mas se neste não a houver, o herdeiro dar-lhe-á outra congênere, guardando neste caso as qualidades médias (Código Civil, art. 1.931).

Justifica-se a diferença de tratamento, porque se o testador inverteu o princípio e concedeu a escolha ao legatário, foi porque quis favorecê-lo.³²⁹

Existindo entre os bens deixados pelo testador somente uma das coisas mencionadas em forma alternativa, opção não existe, e o legatário a receberá, sem que possa reclamar uma das outras, ainda que a escolha lhe compita.³³⁰

No *legado alternativo*, a escolha cabe ao herdeiro (Código Civil, art. 1.932) com aplicação da regra geral referente às obrigações alternativas (v. nº 144, *supra*, vol. II), salvo disposição em contrário como visto. Aplicam-se, ainda,

outras normas pertinentes a esta modalidade obrigacional, como sejam, a *irreversibilidade da opção* e sua transmissibilidade aos herdeiros, se o optante falecer sem tê-la realizado (Código Civil, art. 1.933). A partir da escolha, sofre o legatário os riscos da coisa, pois que *res perit domino*.³³¹

Nada impede a combinação, numa só deixa, dessas duas espécies de legado (de gênero e alternativo), caso em que se procederá à escolha mediante a combinação das regras atinentes a ambas.³³²

Se, porém, se tratar de legado *facultativo*, e não alternativo, haverá um único objeto exigível do herdeiro, embora possa este cumprir o legado mediante a entrega de coisa diversa (*in facultate solutionis*).³³³

Pelo legatário correm as despesas e riscos da entrega da coisa legada, e recebe-a ele no local e estado em que se acha ao falecer o testador. Mas é claro que poderá este dispor diferentemente (Código Civil, art. 1.936). Tal princípio é de grande importância no plano tributário, incumbindo ao legatário os impostos de transmissão *causa mortis*; mas se o testador ordenar o seu pagamento livre de ônus, cabem estes ao herdeiro ou ao espólio.

Aceitação do legado. Embora o direito ao legado tenha nascimento *ipso iure* (Código Civil, art. 1.923), o legatário não é obrigado a recebê-lo. E tais sejam as situações que o envolvem (relações pessoais com o testador, encargos, impostos, motivação contumeliosa), é possível lhe não convenha aceitá-lo. Para tal, basta que o não peça. Se for notificado, e deixar que se escoo o prazo *in albis*, presume-se a recusa. Mas, depois de aceito, ou de haver pedido a entrega, a recusa ulterior importa em cessão que irá beneficiar aquele a quem o objeto vá enriquecer. A renúncia parcial somente é admitida se o legado se compuser de coisas autônomas e separáveis.³³⁴ Pode o legatário, se também for herdeiro, aceitar o legado e renunciar a herança, ou vice-versa (Código Civil de 2002, art. 1.808, § 1º).

Quem cumpre o legado é o herdeiro, ao qual cometa o testador o encargo. Se incumbiu alguns, designadamente, devem o cumprimento, como em Direito Romano já se estabelecia (*hereditas eos obligat*), respondendo na proporção dos respectivos quinhões.³³⁵ O princípio sobrevive no moderno, numa espécie de revivescência da antiga *cautio muciana*, assentando ainda que se não for feita a designação dos obrigados, todos os herdeiros instituídos responderão por ele, proporcionalmente ao que herdarem (Código Civil, art.

1.934). Equivalendo o legado a um direito de crédito do legatário,³³⁶ há um sujeito passivo, contra o qual se exerce, e que varia conforme à natureza do objeto, exigível de um só herdeiro, do testamenteiro, de outro legatário, de vários herdeiros ou de todos, conforme se trate da entrega de uma coisa ou da prestação de um fato, oponível a um ou a outro, ou a todos.

Incidindo o legado em coisa certa pertencente ao herdeiro ou legatário, executar-se-á com regresso, porém, contra os coerdeiros, pela quota parte de cada um, salvo disposição testamentária expressa (art. 1.935).

Despesas com a entrega. As despesas com a entrega do legado, normalmente, incumbem ao legatário, salvo se o testador dispuser diversamente (Código Civil, art. 1.936).

470. CADUCIDADE DOS LEGADOS

É a sua ineficácia por motivo superveniente à facção testamentária. Além dos casos de anulação do testamento (nº 479, *infra*), o legado caducará, deixando, portanto, de prevalecer (art. 1.939) nos seguintes casos:

1. *Modificação na coisa.* Fica sem efeito o legado se, depois do testamento, o testador modificar a coisa legada, ao ponto de já não ter a forma, nem lhe caber a denominação anterior. Não é qualquer alteração, mas a que atinge a sua substância, como se o testador industrializa a matéria-prima, que fora mencionada na disposição. Não invalida o legado, entretanto, se a transformação se deveu ao fortuito e não à vontade do testador.³³⁷

2. *A impossibilidade ou iliceidade do objeto.* No momento da abertura da sucessão torna o legado ineficaz.³³⁸

3. *Alienação da coisa.* Se o testador alienar, por qualquer título, no todo ou em parte, a coisa legada. Neste último caso (alienação parcial), subsistirá o legado no remanescente de que o testador continua proprietário. Sendo voluntária a alienação, presume-se a vontade revocatória; se for involuntária, como no caso de desapropriação, não se sub-roga o legado no preço, mas perde a eficácia por falta de objeto.³³⁹ Caducando o legado pela alienação voluntária, a reaquisição posterior não o revalida.³⁴⁰ Salvo, é óbvio, disposição contrária de vontade do instituidor. Caducidade incorre, porém, se o testador, tendo alienado a coisa, guardou em separado (num cofre, em invólucro

especial, em mãos de terceiro) o produto da venda, deixando indicada na quantia conservada *pro deposito* a sua identificação com o legado feito.³⁴¹

Se era nulo o negócio jurídico de alienação, caduca, não obstante, o legado.³⁴²

4. *Evicção ou perecimento*. Se a coisa for evicta ou perecer sem culpa do herdeiro, faltará objeto ao legado. Se for ele culpado, responde por perdas e danos. Se ela se evenceu ou pereceu após a abertura da sucessão, já se transferira a propriedade ao legatário, que lhe sofre as consequências, pois *res perit domino* (Clóvis Beviláqua).

No legado de gênero não se dá esta caducidade, em virtude de sua imperecibilidade – *genus nunquam perit* – ainda que deixem de existir para o testador todas as que se encontravam entre os seus bens.³⁴³

5. *Indignidade*. A cominação da pena civil de indignidade imposta ao legatário traduz-se na ineficácia do legado. Mas se o fato é anterior ao testamento, e se dele o testador tinha ciência ao testar, pode o legatário suceder no limite da disposição testamentária (Código Civil de 2002, art. 1.818, parágrafo único): neste caso, o legado, atribuído em testamento posterior ao fato típico, implica em perdão tácito ao legatário (nº 432, *supra*); mas se este for simultaneamente chamado à sucessão como herdeiro legítimo, a sentença o excluirá da herança.

6. *Falecimento*. Falecendo o legatário antes do testador, caduca o legado, que se torna insubsistente por falta de sujeito (Clóvis Beviláqua). Não há transmissão aos sucessores porque se não constituíra ainda nenhuma relação jurídica para o legatário. Demais disso, como todas as liberalidades testamentárias, o legado é feito *intuito personae*, não podendo ser recolhido por outrem.³⁴⁴ Mas o legado subsiste, se houver direito de acrescer (nº 474, *infra*) entre colegatários.³⁴⁵

7. *Revogação*. Embora se não inclua especificamente entre os casos de caducidade, deve ser mencionada como causa de sua ineficácia, a sua revogação, feita pelo próprio testador. O Direito Romano chamava-o de *ademptio*.

Dar-se-á *expressa*, se o testador, em outro ato, declara insubsistente o legado. Ou será *tácita*, se houver incompatibilidade entre ele e a disposição

ulterior, como no caso de ser a mesma coisa deixada a pessoa diversa, ou quando o disponente faz novo testamento, omitindo o legatário anterior.³⁴⁶ Deve, contudo, revestir a revogação do legado o caráter de ato solene,³⁴⁷ que em nosso direito é restrito ao testamento para este efeito (nº 476, *infra*).

8. *Legado alternativo*. Sendo o legado de duas ou mais coisas, alternativamente, o perecimento de uma delas não faz caducar o legado, que subsiste quanto à outra (Código Civil, art. 1.940, primeira parte). Se o perecimento atingir parte de uma, valerá o legado quanto ao remanescente (art. 1.940, segunda parte). O mesmo dar-se-á na alienação parcial, voluntária ou involuntária, salvo se importar em deformação do objeto, como foi examinado aqui no item 3.

A perda ou alienação de um ou algumas das coisas concentra o legado na que restar por último. E somente haverá caducidade se esta deixar de subsistir.

CAPÍTULO CIX

SUBSTITUIÇÕES

Sumário

471. Substituição vulgar e recíproca. **472.** Fideicomisso.

Bibliografia

Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, nºs 625 e segs.; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, nºs 779 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 89 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nºs 1.222 e segs.; Orlando Gomes, *Sucessões*, 15ª ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, nºs 165 e segs.; Ludovico Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, nºs 152 e segs.; Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, nºs 97 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, § 99; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nºs 3.852 e segs.; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nºs 1.430 e segs.; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 43ª ed., Cedam, 2007, nº 196; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 48, e vol. II, § 90; Ferreira Alves, *Manual do Código Civil Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. XIX, nºs 242 e segs.; Colin et Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nºs 1.249 e segs.; Vittore Vitali, *Delle Successioni*, vol. III, nºs 2.232; Antonio Cicu, *El Testamento*, págs. 301 e segs.; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, 4ª ed., Forense, 2004, vol. XXI; Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, 2ª ed.,

Giuffrè, 2002, t. II; Giuseppe Azzariti, “*La sostituzione fedecommissaria*”, in *Trattato di Diritto Privato* de Pietro Rescigno, 2ª ed., UTET, 2000, t. II, vol. 6; Antonio Domingo Aznar, *El Fideicomiso y la Sustitución Fideicomisaria*, Marcial Pons, 1999; Zeno Veloso, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, 2003, vol. 21; Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “Substituições e fideicomisso”, in *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*, coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira, Del Rey, 2004; Carlos Roberto Barbosa Moreira, “Fideicomisso e sucessores não concebidos: exame de uma questão controvertida”, in *Revista Forense*, vol. 399, págs. 49 e segs.; Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, *Curso de Direito Civil*, 38ª ed., Saraiva, 2011, v. 6; Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito das Sucessões*, 2ª ed., Atlas, 2015.

471. SUBSTITUIÇÃO VULGAR E RECÍPROCA

Do Direito Romano vem-nos a ideia de substituir um herdeiro ou legatário por outro, a quem seria deferida a perpetuação do culto doméstico, no receio de morrer o *pater* sem um continuador.³⁴⁸ Implica uma instituição em segundo plano (*sub institutio*), uma vez que o substituto somente sucede nas vantagens e nos encargos, em falta ou depois do outro.³⁴⁹

Nosso antigo direito praticou-a e com frequência, de que resultou boa variedade de espécies: substituição vulgar, pupilar, exemplar ou quase pupilar, recíproca, compendiosa e fideicomissária. Delas restam, na atualidade, *a vulgar*, *a recíproca* e *a fideicomissária*. Subordinam-se todas a princípios comuns, mas distinguem-se por determinados caracteres próprios.

Em boa exposição, deve-se destacar, de um lado, a substituição fideicomissária, e, de outro lado, a vulgar e a recíproca, cuja tipologia diferencial se faria neste resumo: 1. A *vulgar* é instituição simultânea dos favorecidos (*vocação direta*) e convocação imediata no lugar do substituído (*substituição direta*). Quer dizer, o substituto somente recebe se o outro não puder ou não quiser receber. 2. O *fideicomisso* compreende a instituição igualmente simultânea (*vocação direta*), recebendo mais tarde o substituto por

transmissão que lhe faça o primeiro (*substituição indireta*).

No presente parágrafo, tratamos da primeira (substituição direta) e, no seguinte, da indireta (fideicomisso).

As duas modalidades ora consideradas (*vulgar e recíproca*) consistem na substituição condicional do herdeiro ou legatário, a quem vão ter a herança ou o legado, no caso de o primeiro não poder ou não querer aceitar.

Como *heredis institutio* que é, subordina-se ao requisito da capacidade (no sistema do Código Civil de 2002, *legitimação para suceder*): não pode receber como substituto aquele que não possa ser instituído diretamente.³⁵⁰ Observada esta *conditio substitutionis*, pode beneficiar qualquer pessoa física ou jurídica, parente ou estranho. Não tem cabida, porém, a substituição do herdeiro necessário, que, recebendo *ope legis*, não se faculta ao testador esta disposição sobre sua legítima.³⁵¹

É válida a nomeação do substituto no mesmo ato que instituiu o herdeiro, como em outro autônomo, desde que observados os requisitos subjetivos e formais. Mas sempre por testamento.

Qualquer substituição, que em si mesma é sempre condicional (“se o substituído não aceitar...”), pode ser especialmente sujeita a uma condição, a um termo ou a um encargo, como no exemplo de Carlos Maximiliano: seja Ulpiano meu herdeiro; se o não for, herde Tício, *se casar*.

Está o substituto sujeito a cumprir o encargo ou condição impostos ao substituído, salvo se o testador dispuser diferentemente, ou se o contrário resultar das circunstâncias (Código Civil, art. 1.949), como no caso de terem sido a herança ou o legado subordinados a encargos em favor do próprio substituto.³⁵²

A) Substituição vulgar ou ordinária. Não podendo ou não querendo o herdeiro ou legatário aceitar a herança ou o legado, passa um ou outro ao substituto nomeado, presumindo-se a substituição nas duas alternativas, ainda que o testador a uma delas apenas se refira (Código Civil, art. 1.947). Compreende a simples designação da pessoa que deve suceder no lugar do outro. *Si Titius heres non erit, Sempronius heres esto*.³⁵³

A substituição vulgar pode favorecer um estranho, um parente sucessível, um herdeiro legítimo. Somente alcançaria o herdeiro necessário fora de sua

quota reservatária, como no caso de lhe ser deixada a meação disponível do testador, com designação de substituto, sem prejuízo de sua legítima.

A designação será sempre *expressa*; não se presume a título de “substituição tácita” o chamamento dos descendentes do substituto.³⁵⁴

Falecendo o substituto após a abertura da sucessão, porém antes de se positivar que o instituído em primeiro lugar deixa de adir à herança, passa esta aos herdeiros do substituto.³⁵⁵ Não se trata aqui de dupla substituição, mas de apuração pura e simples dos princípios que regem a sucessão *causa mortis*, não se podendo perder de vista que o substituto é um herdeiro testamentário, embora nomeado em segundo grau.

A um substituído podem ser dados vários substitutos, e, *vice-versa*, é lícita a designação de um só para substituir vários herdeiros ou legatários (Código Civil, art. 1.948).

Não há limitação para a substituição vulgar, no sentido de que o testador pode designar um beneficiário no lugar de outro; se este não aceitar, é-lhe facultado apontar um terceiro, e assim *in infinitum*, como no exemplo clássico: nomeio Tício, se Ático não aceitar; e Semprônio no lugar de Tício; e ainda Anteu no lugar de Semprônio; e assim sucessivamente.³⁵⁶

Qualquer que seja, entretanto, o número de substitutos, a instituição é uma só, pois que será herdeiro ou legatário aquele que vier a receber.³⁵⁷

Na substituição há de se distinguir dois momentos: o da abertura da sucessão e o da abertura da substituição. Eles podem coincidir, quando *e. g.*, o instituído pré-morre ao testador. Mas poderão estar destacados, como no caso de ocorrer a recusa ou exclusão do instituído, em data posterior ao falecimento do *de cuius*. Sendo, porém, o substituto sucessor do testador e não do substituído, os requisitos de sua legitimação sucessória apuram-se no momento da morte do testador, a quem vem a suceder, salvo no caso de instituição condicional, em que o momento a considerar é o do implemento da condição.³⁵⁸

Distingue-se a situação relativamente ao *fideicomisso*, como se desenvolverá no parágrafo seguinte.

Havendo dúvida se uma pessoa foi instituída substituto vulgar ou fideicomissário, dever-se-á considerar como substituição vulgar, segundo a

regra que esta pode conter-se na outra, mas o fideicomisso jamais se insere na substituição vulgar.³⁵⁹ No sistema do Código Civil de 2002, porém, a questão somente poderá surgir se o substituto for *concepturo* (art. 1.952).

Caducidade. Sendo pressuposto da substituição, de um lado a falta do instituído (por exclusão ou recusa) e de outro a existência e legitimação do substituído, caducará a substituição: *a)* pela aceitação do instituído; *b)* pelo falecimento do substituto antes do substituído; *c)* pela ausência de legitimação do substituto para suceder por testamento.³⁶⁰

B) Substituição recíproca. Quando o testador designa uma pluralidade de herdeiros ou legatários, pode estabelecer que eles reciprocamente se substituam.

No caso de serem contemplados em partes desiguais, manter-se-á na segunda disposição a mesma proporção dos quinhões fixadas na primeira. Quer dizer que o quinhão do que venha a falecer (ou recusar) será partilhado entre os demais, não em partes iguais, porém na proporção do que o disponente fixara ao nomeá-los herdeiros (Código Civil, art. 1.950, primeira parte).

Se, ao revés, com as outras pessoas anteriormente nomeadas for incluída mais alguma na substituição, o quinhão vago pertencerá em partes iguais aos substitutos, não ocorrendo o novo designado na proporção anteriormente estabelecida (Código Civil, art. 1.950, segunda parte). Proceder-se-á então como se, em relação ao que deixou de suceder, ocorresse uma substituição vulgar.

472. FIDEICOMISSO

O fideicomisso constitui modalidade importante de substituição, que repercute com frequência nas sucessões testamentárias. *Consiste na instituição de herdeiro ou legatário, com o encargo de transmitir os bens a uma outra pessoa a certo tempo, por morte, ou sob condição preestabelecida.* O herdeiro ou legatário instituído denomina-se *fiduciário* ou *gravado*, e o substituto ou destinatário remoto dos bens chama-se *fideicomissário*. O Código Civil de 2002 (art. 1.951), diferentemente do anterior (art. 1.733), cingiu-se às denominações “fiduciário” e “fideicomissário”.

Pode, portanto, haver fideicomisso: a) vitalício, quando a substituição se der por morte do fiduciário; b) sob condição, se for esta imposta como fator determinante da resolução do direito do fiduciário; c) a tempo certo, quando o fiduciário deva cumprir o encargo de transmitir no momento prefixado pelo disponente.

Trata-se de um instituto de existência tumultuada e polêmica. Sua linha evolutiva em Roma é pontilhada de vacilações e incertezas. Baseado na confiança (*fiducia*), foi largamente utilizado, inclusive para contornar alguns casos de incapacidade sucessória. Generalizando-se o seu emprego, foi preciso armar o fideicomissário de instrumento hábil ao cumprimento do encargo imposto ao fiduciário, chegando-se mesmo à criação de magistratura especializada (*praetor fideicomissarius*),³⁶¹ o que dá bem a mostra da amplitude de sua utilização.

A princípio mero intermediário, com a obrigação de efetuar a entrega dos bens, imediatamente, ao substituto, mais tarde o fiduciário ficou com o direito de reter para si uma quarta parte dos bens fideicometidos (“*quarta pegassiana*”, provinda do senatus-consulto *pegassiano*). Veio-lhe, depois, a liberação de qualquer responsabilidade, uma vez efetuada a entrega dos bens (senatus-consulto *trebeliano*). No período clássico, admitiu-se que o fiduciário teria a fruição da coisa até a sua transmissão ao substituto (*Digesto*, Livro 23, fr. 41, §§ 13 e 36; fr. 65, § 1º). Por ele se vinculavam os bens com caráter de indisponibilidade por diversas gerações, o que suscitou inconvenientes sociais. Coube à Codificação justinianeia (*Novela* 159, Capítulo II) a sua limitação ao sexto grau.³⁶²

Na Idade Média foi instituto florescente, animando o propósito de conservação dos bens nas famílias nobres. Não deixou, contudo, de acusar seus inconvenientes, salientando-se a concentração das fortunas, e a subtração dos imóveis da aristocracia à garantia dos credores.³⁶³

Em nosso antigo direito, a substituição fideicomissária teve larga repercussão na alta aristocracia lusitana, mais em caráter consuetudinário do que legislativo, como dá testemunho Mello Freire.

A Revolução Francesa suprimiu toda substituição e, em consequência, acabou com o fideicomisso. Ao ser elaborado o Código Civil, e por influência pessoal de Napoleão Bonaparte, prevaleceu solução transacional, e foram

readmitidas, sem a amplitude antiga. Numa notícia sinótica, pode-se dizer que foram proibidas as substituições, com exceção da que é instituída pelos pais, ou irmãos sem filhos, em favor dos filhos do gravado, para assegurar a transmissão dos bens àqueles, aos quais seriam normalmente destinados.³⁶⁴

No Direito italiano, o Código de 1865 proibira, em termos absolutos, o fideicomisso;³⁶⁵ mas, no de 1942, ficou ele restrito à substituição dos filhos de filho ou filhos de irmão do instituidor, em benefício dos respectivos filhos (nascidos ou nascituros) ou a favor de um ente público.³⁶⁶ A reforma do direito de família, empreendida, naquele país, pela Lei nº 151 de 19 de maio de 1975, alterou, porém, radicalmente o instituto, fazendo-o distanciar-se de sua tradição e conferindo-lhe função exclusivamente assistencial.³⁶⁷ Pelo direito vigente (art. 692 do Código Civil), apenas o filho, outros descendentes ou o cônjuge do testador podem ser fiduciários, desde que se trate de pessoa *interditada* ou, se *menor*, de quem se encontre em condição de habitual enfermidade mental, que faça presumir a prolação de futura sentença de interdição, em determinado prazo; o fideicomissário somente poderá ser a pessoa ou entidade que, sob a vigilância do tutor, houver cuidado do interdito, sendo, então, favorecida por morte deste, mediante o recebimento dos bens fideicomitidos (inclusive, os da legítima). Fora desses casos, é nula a cláusula de fideicomisso.³⁶⁸

No plano puramente teórico, subsiste acesa a polêmica em torno deste instituto. Podem-se indicar três posições doutrinárias: *a)* uns se mostram totalmente adversos ao instituto; *b)* outros aceitam-no; *c)* e outros, embora não o repudiem integralmente, impõem-lhe restrições mais ou menos severas. Defendendo-lhe os préstimos, contra a suspicácia e antipatia de que o acusam, Orosimbo Nonato alinha argumentos ponderáveis.³⁶⁹ A tendência do direito moderno é, no entanto, pela extinção de privilégios diretos ou disfarçados. O que cada vez mais predomina é a passagem dos bens aos herdeiros, sem peias nem restrições. Demais disso, a imobilização consequente é um mal, porque retira valores econômicos do giro negocial, e a experiência ensina que a vinculação por tempo prolongado costuma causar o desinteresse do fiduciário até pela conservação da coisa, empenhado que fica em lhe tirar os proveitos.

Nosso Código Civil de 1916 disciplinava a substituição fideicomissária,

fixando-lhe a estrutura dogmática, e concedendo ao testador ampla liberdade na escolha do fideicomissário, que tanto poderia ser uma pessoa já existente ao tempo do testamento, quanto um nascituro, ou até mesmo o filho eventual de pessoas designadas pelo testador e existentes ao abrir-se a sucessão (naquele Código, arts. 1.718 e 1.733).

Ao ser elaborado o Projeto de Código Civil de 1965 (Orosimbo Nonato, Orlando Gomes e Caio Mário da Silva Pereira), o fideicomisso foi mantido, com restrição aos descendentes do testador ainda não nascidos ao tempo de sua morte, e conversão em usufruto se nesse momento os fideicomissários já fossem nascidos (Projeto de 1965, art. 805 e seu parágrafo). O Código Civil em vigor, conquanto mais liberal do que aquele Projeto, somente admite o fideicomisso em favor dos não concebidos (concepturos) ao tempo da morte do testador (art. 1.952), pouco importando, todavia, sejam ou não seus descendentes; se, porém, quando da abertura da sucessão, já houver nascido o fideicomissário, a este caberá a nua-propriedade dos bens fideicomitidos, convertendo-se em usufruto o direito do fiduciário.

Acentuando que não pode o fideicomisso beneficiar pessoa já nascida, o parágrafo único do art. 1.952 do Código Civil de 2002 estabelece que, em tal ocorrendo, opera-se a sua conversão pleno iure em usufruto, no qual o fideicomissário instituído terá a nua-propriedade, e ao fiduciário será conferida a fruição dos bens fideicomitidos com subsistência das cláusulas que acompanham a instituição. Será então usufruto vitalício, a termo ou sob condição.

A) Noções gerais. O fideicomisso pode assumir o aspecto de um legado, quando incide em bens determinados (*fideicomisso particular*), ou de uma herança, quando abrange a totalidade ou uma quota-parte do espólio (*fideicomisso universal*).

Todo fideicomisso é temporário. A perpetuidade é incompatível com a sua natureza e contrária ao princípio legal (Código Civil, art. 1.951). A entrega dos bens fideicometidos há de dar-se por morte do fiduciário, a tempo certo ou *sub conditione*, ressalvada, no sistema do Código Civil atual, a hipótese, já descrita, de conversão *pleno iure* do fideicomisso em usufruto (art. 1.952, parágrafo único): em tal caso, a resolução do direito do fiduciário (por sua morte, pelo implemento da condição ou pelo advento do termo) operará a

consolidação da propriedade do fideicomissário sobre os bens que lhe foram anteriormente transmitidos (então onerados com o usufruto) na data do óbito do *de cuius*.

Não é lícita a sua instituição além do segundo grau (Código Civil, art. 1.959). Nada obsta, todavia, a nomeação plúrima de *fideicomissários conjuntos*, caso em que vigora entre eles direito de acrescer.³⁷⁰ O que se não tolera é a nomeação de substituto para o fideicomissário, não obstante as opiniões contrárias de Ferreira Alves e Martinho Garcez.³⁷¹ A contagem dos graus para efeito desta limitação leva em conta o fato da designação ou instituição: o fiduciário é o instituído em primeiro grau, e o fideicomissário em segundo. E aí termina a substituição fideicomissária.³⁷² É ilícito atribuir ao fideicomissário o encargo de transmitir os bens a uma outra pessoa. Não é, porém, vedado conciliar o fideicomisso com a substituição vulgar, designando um substituto para o caso de o fideicomissário não poder ou não querer aceitar.³⁷³ Esta conjugação das duas espécies (vulgar e fideicomissária) é o que na linguagem dos autores se designava, e ainda pode denominar-se *substituição compendiosa*, por encerrar num só ato o resumo ou compêndio de ambas.³⁷⁴

Na mesma linha de raciocínio, não pode o fideicomitente gravar de inalienabilidade os bens na sua passagem ao fideicomissário. Se tal fizer, não se anula a instituição, mas tem-se a cláusula como não escrita.

A instituição do fideicomissário pode vir sujeita a termo ou condição (como, aliás, qualquer substituição, conforme visto no parágrafo anterior – nº 471, *supra*), tal como, no exemplo de Theodor Kipp: criação de fideicomisso, se a viúva instituída herdeira contrair novo matrimônio.³⁷⁵ Mas, no sistema do Código Civil de 2002, haverá de ser sempre observado o requisito segundo o qual o fideicomissário só pode ser pessoa não concebida ao tempo da morte do testador.

Ao contrário de nosso direito anterior, que tolerava a constituição de fideicomisso em codicilo, o Código de 1916 não o admitiu senão por testamento, orientação que também prevaleceu no Código Civil de 2002.

Acesa vai a polêmica em torno da indagação se pode ser constituído por ato *inter vivos*. Ao discorrermos do contrato de doação (nº 233, *supra*, vol. III)

pronunciamo-nos pela negativa e reforçamos agora posição com outras citas.³⁷⁶

O fideicomisso é matéria peculiar ao direito das sucessões e, portanto, não deve exorbitar dele. E, como a tendência restritiva é crescente, sociologicamente deve prevalecer o entendimento contrário à sua expansão. Não obstante, são numerosos os escritores que o admitem por ato entre vivos.³⁷⁷ Dentre os que o sustentam, destaca-se Armando Dias de Azevedo, na monografia *Do Fideicomisso*.

Para receber em fideicomisso é necessário o requisito da *legitimação* (facção testamentária passiva). Mas o que particularmente ocorre é que, pendente uma condição suspensiva à transmissão, é de salientar que a legitimação do fiduciário se apura no momento da abertura da sucessão, e a do fideicomissário ao tempo da substituição. E como o fideicomissário é sucessor do *testador*, e não do fiduciário, sua legitimação deve ser apurada em relação àquele (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.954): assim, por exemplo, não poderá figurar como fideicomissário um descendente da concubina do testador casado (art. 1.802), ressalvada, por óbvio, a hipótese do art. 1.803.

No sistema do Código Civil de 2002, para que a cláusula de fideicomisso produza seus efeitos, é indispensável que o fideicomissário não esteja sequer concebido ao tempo da morte do testador (art. 1.952): se, todavia, já houver nascido, torna-se nu proprietário dos bens fideicomitidos, dos quais o fiduciário será usufrutuário (art. 1.952, parágrafo único). A hipótese é de *conversão legal*.³⁷⁸ Se, porém, o fideicomissário não estiver ainda concebido ao se abrir a sucessão fideicomissária (seja esta subordinada à morte do fiduciário ou a qualquer outra ocorrência), incidirá o art. 1.800 do Código de 2002 (v. nº 431, *supra*), devendo o prazo de seu § 4º, nesta hipótese, contar-se a partir do advento do termo ou do implemento da condição resolutiva do direito do fiduciário, e não da abertura da sucessão do próprio testador.³⁷⁹ Tal solução é a que melhor preserva a vontade do testador, reduzindo a possibilidade de o fideicomisso caducar (por falta do fideicomissário) e permitindo conciliar, de um lado, o chamamento do sucessor que, ao tempo do testamento, não era sequer concebido e, de outro, a escolha de termo ou condição que, por sua natureza, somente poderá implementar-se quando já

expirado o primeiro biênio da morte do testador (por exemplo, se a herança for deferida ao fiduciário pelo prazo de cinco anos). Diante da regra do art. 1.800 do Código Civil atual, não mais se justifica a exigência, que formulávamos em edições anteriores à sua vigência, de que, no momento da abertura da sucessão fideicomissária, o fideicomissário já existisse, isto é, estivesse nascido ou ao menos concebido.³⁸⁰

Se se anular a instituição de primeiro grau (fiduciário), não prevalecerá o fideicomisso. Ao revés, se se anula a substituição, prevalece a nomeação do fiduciário como se fora pura e simples, de herdeiro sem encargo resolutório (Código Civil, art. 1.960).

Na sua *caracterização jurídica*, controvertem os escritores, devendo-se salientar no fideicomisso o caráter resolutório da instituição, inquestionavelmente subordinada, para o fiduciário, a uma cláusula resolutiva: por sua morte, a termo, ou *sub conditione*, resolve-se o domínio para o gravado, em benefício do fideicomissário. Este é, a seu turno, sujeito de uma relação jurídico-dominical, que lhe assegura um direito eventual, subordinado a um daqueles implementos.³⁸¹

Do fideicomisso resulta o seu caráter essencial, que se resume em *conservar para restituir*,³⁸² e daí decorrem princípios que compõem a sua dogmática, em que está sempre presente a ideia de *dupla vocação*, a ser atendida em ordem sucessiva.³⁸³

B) Direitos e deveres do fiduciário. O fiduciário, que seja herdeiro, adquire desde logo a propriedade e a posse da herança. Percebe-lhe os frutos e rendimentos, que usa e consome sem qualquer restrição à sua disponibilidade. Não impede sua titularidade dominial o fato de seu direito ser restrito e resolúvel.³⁸⁴

Não lhe é defeso gravar ou alienar os bens fideicometidos. Sendo, porém, resolúvel o seu direito, em decorrência do advento do termo ou condição determinante de sua transmissão ao fideicomissário, implica necessariamente na resolução das alienações feitas a terceiros: *resoluto iure dantis resolvitur ius accipientis*. Destarte, todo direito real constituído sobre os bens fideicometidos resolver-se-á pela sua restituição ao fideicomissário (Código Civil, art. 1.359).³⁸⁵

Da própria natureza desta substituição é a inalienabilidade dos bens pelo fiduciário,³⁸⁶ sem o que não cumpre ele a finalidade básica da instituição, que é “conservar para restituir”.

Os bens do fideicomisso restituem-se no estado em que se achem quando da substituição. Pelas deteriorações devidas ao uso regular não responde o fiduciário. Mas deverá indenizar as que provierem de sua culpa ou dolo.³⁸⁷

Não lhe assiste direito ao reembolso das despesas de conservação dos bens, enquanto se encontrarem em sua guarda. Mas pelas benfeitorias necessárias e úteis, que realizar, pode reembolsar-se, como possuidor de boa-fé, que é.³⁸⁸

Os efeitos da substituição, em relação aos herdeiros do fiduciário, podem variar em razão da cláusula mesma: se o encargo foi instituído *pro tempore*, isto é, se os bens tiverem de passar ao fideicomissário ao fim de certo prazo, e o fiduciário falecer antes de escoado este, transmitem-se aos seus herdeiros, porém gravados da mesma cláusula resolutiva e da mesma obrigação restitutória. Se, porém, o fideicomisso for constituído sobre a vida do fiduciário, o fato mesmo da sua morte opera a resolução do domínio em favor do fideicomissário. Em tal caso, os herdeiros do fiduciário não recebem os bens, senão o encargo de cumprir a obrigação de efetivarem a sua entrega.

Na pluralidade de fiduciários conjuntos, somente a extinção de todos implicará na substituição. Salvo, evidentemente, disposição testamentária expressa em contrário.

Cabe ao fiduciário inventariar os bens fideicometidos, e prestar caução de restituí-los, se lhe exigir o fideicomissário (Código Civil, art. 1.953, parágrafo único). O inventário não pode ser dispensado, não só por ser obrigação legal, como porque é o meio de caracterizar o objeto do fideicomisso.³⁸⁹

C) *Direitos e deveres do fideicomissário.* O fideicomissário é um proprietário eventual – proprietário sob condição suspensiva – e, como tal, não adquire direito aos bens fideicometidos antes do implemento da condição. Mas, como titular de direito sob condição suspensiva, tem legitimidade para as medidas cautelares. Até o momento da substituição, tem uma expectativa de direito (*spes debitum iri*), que se transforma em direito com a ocorrência do fato dela determinante.³⁹⁰

Recebendo os bens no estado em que se encontram, tem de cumprir os encargos que restarem no tempo da substituição (Código Civil, art. 1.957).

Correlato ao dever do fiduciário, compete ao fideicomissário o direito de exigir a realização de inventário, e a prestação de caução (Código Civil, art. 1.953, parágrafo único), salvo se for esta dispensada pelo testador. Como, ainda, reclamar a entrega dos bens e a reparação dos danos devidos à culpa.

O Código de 2002, desatento a que restringiu o fideicomisso a pessoa não concebida, reproduziu a disposição do seu modelo de 1916 (ali, art. 1.734, parágrafo único), que rezava poder a caução ser exigida pelo fideicomissário. Não sendo possível que um beneficiário nondum conceptus exija alguma coisa, e não existindo na lei palavras inúteis, o parágrafo do art. 1.953 deve entender-se no sentido de que a caução pode ser exigida por quem tenha a guarda dos interesses do fideicomissário em expectativa.

Ocorrendo a desapropriação ou destruição provinda de sinistro, sub-roga-se o bem fideicometido no valor do seguro ou no preço da expropriação, e num ou noutro incidirá, portanto, a substituição, com a respectiva entrega ao fideicomissário, no implemento do fato que a determinar.³⁹¹

Se o fiduciário premorrer ao testador, sem que lhe tenha sido nomeado substituto vulgar (v. nº 471, *supra*), o fideicomissário, se já estiver vivo, poderá reclamar a propriedade e a posse da herança imediatamente após a abertura da sucessão.³⁹²

O fideicomissário recebe os bens livres de encargos, salvo aqueles que, impostos ao fiduciário, ainda remanescerem na época da substituição. Recebe-os igualmente forros de novas substituições, proibido que é o fideicomisso além do segundo grau (Código Civil, art. 1.959).

Tem o fideicomissário direito à parte que ao fiduciário a qualquer tempo acrescer (Código Civil, art. 1.956).

D) Extinção do fideicomisso. Duas são as causas determinantes da extinção do fideicomisso: a nulidade e a caducidade.

Nulidade. Sendo vedado o fideicomisso além do segundo grau (Código Civil, art. 1.959), conforme visto e desenvolvido acima, é nulo se desta forma se constituir, calculada a contagem dos graus na forma também explicada *supra*. É caso de nulidade, propriamente dita, e não de mera anulabilidade.

Consequência será, então, que se invalida a cláusula determinante da substituição, mas prevalece a deixa, instituída em favor do fiduciário, que destarte recebe os bens em propriedade plena e livre.³⁹³

Caducidade. Caducará o fideicomisso:

1. Pelo perecimento do objeto, sem culpa do fiduciário, desde que não ocorra sub-rogação no valor do seguro estipulado sobre os bens.

2. Pela renúncia do fideicomissário, caso em que a propriedade e a posse dos bens fideicometidos se consolidam no fiduciário, desaparecendo o encargo. A hipótese é considerada mais como causa obstativa do que extintiva, porque a renúncia atinge o fideicomisso antes da restituição, impedindo que se forme, ou no momento da substituição e, então, ele já estará extinto.³⁹⁴

3. Pela renúncia ou não aceitação da herança pelo fiduciário, caso também considerado obstativo, porque o bem passa diretamente ao fideicomissário.³⁹⁵ Nesta hipótese não chega a ocorrer a aquisição da herança pelo fiduciário, sucedendo o fideicomissário como se fosse um substituto vulgar (nº 471, *supra*), isto é, o que é chamado a suceder, porque o nomeado em primeiro lugar repudiou a herança.³⁹⁶ O Código Civil de 2002, em disposição (art. 1.954) que não encontra correspondente no anterior, consagrou expressamente a solução, ressaltando, contudo, a hipótese de o testador dispor em contrário. Se, porém, na data da renúncia, o fideicomissário não estiver sequer concebido, incidirá o art. 1.800 do Código Civil (nº 431, *supra*).

4. Nascendo o fideicomissário antes da morte do testador, não chega a se constituir o fideicomisso, convertido em usufruto ao fiduciário (Código Civil, art. 1.952, parágrafo único). Mas se o fideicomissário premorrer ao fiduciário, ou antes de se realizar a condição, consolida-se neste a propriedade (Código Civil, art. 1.958). O direito do fideicomissário era eventual (mera expectativa de direito), dependente de um acontecimento futuro ou do escoamento de um prazo. Vindo a falecer antes disto, frustrou-se para ele e para os seus herdeiros, aos quais somente poderiam ser transmitidos os direitos já integrantes do seu patrimônio, e não aqueles outros que no momento da morte permaneciam em estado de expectativa apenas.

5. Caduca, igualmente, se o fideicomissário não tiver legitimação para suceder, ou, antes de suceder, for condenado por indignidade. A herança

consolida-se no fiduciário, salvo se não puder recebê-la por algum motivo a ele pertinente.³⁹⁷ No sistema do Código Civil atual, levando em conta a norma de seu art. 1.952 e o requisito ali estabelecido, a hipótese de exclusão do fideicomissário por indignidade soa bastante remota, somente sendo concebível se ele, ao tempo da abertura da sucessão, já estiver vivo (caso do parágrafo único) e em idade suficiente para a prática de qualquer dos atos descritos no art. 1.814.

E) Fideicomisso e usufruto. São dois institutos distintos, mas que no plano da aplicação prática têm sofrido aproximações de certo modo perturbadoras. A utilização de linguagem menos técnica, pelo testador, confunde, às vezes, as noções, denominando-os equivocadamente um pelo outro.

A matéria, por isso mesmo, é ventilada pela doutrina e encontra hoje sedimentação jurisprudencial, após largos anos de vacilação e de insegurança. Ontologicamente, distinguem-se em que o usufruto, como *ius in re aliena* (nº 340, *supra*, vol. IV), é um direito real, consistindo em extrair o usu-frutuário o uso e gozo da coisa, que em nua-propriedade lhe não pertence; no fideicomisso, o fiduciário ou gravado recebe a coisa como sua, em propriedade plena, posto que limitada, resolúvel e sucessível, com o encargo de transmiti-la ao fideicomissário designado pelo testador.

As situações, contudo, se assemelham, pois, num e noutro, o detentor atual dos bens (seja usufrutuário, seja fiduciário) conserva-os em seu poder, auferindo deles a fruição natural. Esta semelhança suscita no leigo certa perplexidade, e gera dúvidas de interpretação, em face de cláusulas nas quais o disponente se revela inseguro na sua opção por um ou por outro.

Daí a necessidade de enunciar as regras de hermenêutica que os diferenciem.

No plano prático é corrente a distinção em que, no fideicomisso, há duas liberalidades *sucessivas*, substituindo-se um dos beneficiados ao outro; ao passo que, no usufruto, elas são *simultâneas*. No usufruto, o testador nomeia um herdeiro ou legatário, que recebe os bens desvestidos, contudo, de seu uso e gozo; no fideicomisso, designa um beneficiário que os adquire a pleno (nua-propriedade, juntamente com fruição), e assim os transmite ao favorecido de segundo grau, por morte, sob condição ou a termo.

Além do critério ontológico que permite bem separar os dois institutos, a

doutrina aponta ainda elementos diferenciais nos seus efeitos, com que salienta ainda mais a linha que os destaca.

1. No usufruto há um desmembramento da propriedade, pertencendo a uma pessoa o uso e gozo da coisa, e a outra a propriedade vazia; no fideicomisso, o instituído de primeiro grau recebe a propriedade não desmembrada (ressalvada, no sistema do Código Civil de 2002, a hipótese do art. 1.952, parágrafo único, em que ao fiduciário caberá apenas o usufruto dos bens fideicomitidos).

2. O usufrutuário somente faz jus aos frutos que percebe. Os pendentes, como acessórios da coisa, devem ser entregues ao nu-proprietário quando ocorre a extinção do *ius in re*.

3. O fiduciário, conforme visto acima, pode alienar e gravar o bem fideicometido, embora em caráter resolúvel. O usufrutuário, como sujeito de um direito de fruição sobre coisa alheia, não tem a sua disponibilidade.

4. O fideicomissário, como titular de mera expectativa de direito, não tem poder alienatório, mesmo ao tempo em que a coisa esteja na posse do gravado. O nu-proprietário tem a faculdade dispositiva da coisa, transmitindo-a a outrem, desmembrada embora de sua fruição.

5. Com a morte do nu-proprietário, os bens passam aos seus herdeiros, sem prejuízo dos direitos do usufrutuário. Falecendo o fideicomissário, antes do fiduciário, extingue-se o fideicomisso.

Não é mister a instituição do fideicomisso, que o testador use este vocábulo, bastando que do contexto da declaração resulte a sucessividade das sucessões.³⁹⁸ Mas é indispensável seja bem caracterizado. E toda a celeuma hermenêutica provém precisamente do fato de muitas vezes deixar o testador de bem esclarecer a sua vontade.

Se não for possível caracterizar a natureza do direito advindo da sucessão testamentária, em razão da insegurança, incerteza, obscuridade, imprecisão da linguagem utilizada no testamento, e ainda com a invocação de outros textos subsidiários, entendemos que, se perdurar a dúvida, caso será então de interpretar a vontade testamentária no sentido da constituição de um usufruto.³⁹⁹ Neste, com efeito, a propriedade já se transmite desde logo ao seu destinatário, dependendo da eventualidade futura apenas a consolidação, num só titular, dos poderes que lhe são inerentes. O direito adveniente já é

definitivo e não eventual, o que é preferível para a segurança da vida civil. E, como a tendência dos sistemas jurídicos é suprimir ou restringir o fideicomisso, o civilista deve pender, na dúvida invencível, para o instituto da maior vitalidade.⁴⁰⁰

CAPÍTULO CX

EXECUÇÃO DO TESTAMENTO

Sumário

473. Testamenteiro. **474.** Direito de acrescer. **475.** Deserdação.

Bibliografia

Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 1.079, e vol. III, nºs 1.287 e 1.357; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 77, 84 e 101; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, nºs 363, 501 e 732; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. II, nº 655, vol. III, nºs 826 e 858; Orlando Gomes, *Sucessões*, 15ª ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, nºs 131, 183 e 204; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, § 102; Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nºs 2.146 e segs.; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. VIII, vol. II, nºs 940, 1.272 e 1.325; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 43ª ed., Cedam, 2007, nºs 185 e 197; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 47, e vol. II, §§ 116 e 137; Ferreira Alves, *Manual do Código Civil Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. XIX, nºs 159, 286, 340; Colin *et* Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nºs 1.192 e segs.; Vittore Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. III, nºs 2.136 e segs.; Antonio Cicu, *El Testamento*, pág. 349; Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, 2ª ed., Giuffrè, 2002, t. II; H. Vialleton, *Les Successions*, págs. 202 e segs; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, 4ª ed.,

Forense, 2004, vol. XXI; Zeno Veloso, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, 2003, vol. 21; Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “Deserdação e exclusão da sucessão”, in *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*, coord. da autora e de Rodrigo da Cunha Pereira, Del Rey, 2004; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, 14ª ed., Atlas, 2014.

473. TESTAMENTEIRO

Neste capítulo reunimos os assuntos que condizem com a execução do testamento especificamente. No primeiro plano, temos presente o cumprimento efetivo da vontade do declarante, confiada a seus herdeiros, e mais particularmente ao *testamenteiro*, por ele mesmo designado, ou nomeado pelo juiz, com o encargo de dar cabal cumprimento ao que foi estabelecido na cédula. Desenvolvendo o tema, estamos no campo do que seria o pagamento dos quinhões e dos legados. Num segundo plano, situa-se a matéria relacionada ao *ius accrescendi* dentro dos grupos de herdeiros ou de legatários, quando a falta de aceitação de um deles abre a alternativa se se dará transmissão a outra classe, ou se a respectiva quota se adiciona ao que recebeu as do grupo. E num terceiro plano, colocamos como peculiaridade da execução testamentária a *deserdação*. Outros escritores preferem inseri-la no capítulo dos herdeiros necessários, como exceção aos seus direitos. Entendemos que seu lugar adequado é aqui, porque a deserdação não é matéria de incapacidade testamentária (no sistema do Código Civil atual, *falta de legitimação* para receber por testamento) ou de ausência de requisitos, nos herdeiros necessários, para tocarem as suas legítimas. Configura-se, isto sim, como uma disposição testamentária, que tem valor negativo para aquele que incida na privação da legítima, e concomitantemente um valor positivo para o herdeiro que verá o seu quinhão aumentado em face da deserdação do outro.

Os três assuntos compõem, portanto, este capítulo, e são a epígrafe de três parágrafos que o integram: o presente, do *testamenteiro*, e os seguintes, do *direito de acrescer* e da *deserdação*.

Testamenteiro. Como negócio jurídico *causa mortis* (v. nº 454, *supra*), o testamento é declaração de vontade destinada a ser cumprida após a abertura da sucessão. O inventário é de ser aberto; habilitam-se os herdeiros

demonstrando a sua qualidade ou a sua identidade. Os legatários são procurados e intimados a comparecer. Apuram-se os bens, liquida-se a herança, pagam-se os legados, os herdeiros imitem-se na posse e na propriedade de seus quinhões. Os encargos não atribuídos individualmente a uns, e a outros, têm de ser cumpridos pelo espólio. O testamento há que ser respeitado, conservada aquela gravidade que desde o Direito Romano o envolvia, a ele fazendo em Roma o ato mais importante na vida civil, por conter a derradeira vontade da pessoa. Tudo isto compreende a matéria genericamente englobada sob a *epígrafe da execução do testamento*. Em princípio, incumbiria esta ao herdeiro, como em realidade foi no Direito Romano. No receio, contudo, de que as suas disposições sejam desprezadas por seus herdeiros, originou-se a faculdade de designar o disponente uma pessoa encarregada daqueles misteres.⁴⁰¹ E tal função é confiada ao *testamenteiro*. Historicamente, foi na Idade Média que a instituição do “executor do testamento” adquiriu consistência. E o nosso antigo direito o conheceu, dando-lhe o nome de *testamenteiro*.

Nomeação. O testamenteiro, em princípio, é designado pelo disponente na própria cédula ou em carta codicilar. A ele cabe, obviamente, escolher a pessoa a quem entrega o cumprimento de sua última vontade. Não constitui, entretanto, requisito de validade do testamento. É uma faculdade, e como tal o testador a exercerá ou não, segundo os seus desejos.

A designação poderá recair numa só pessoa com todas as atribuições. Ou incidirá em diversas, que servirão sucessivamente, uma em falta de outra, ou atuarão em conjunto, ou ainda mediante distribuição dos campos de atividades, na conformidade das incumbências dadas pelo testador.⁴⁰² Havendo simultaneamente mais de um testamenteiro, que tenha aceitado o cargo, poderá cada qual exercê-lo em falta dos outros. Mas todos ficam solidariamente obrigados a dar conta dos bens que lhes forem confiados, salvo se cada um tiver funções distintas e a elas se limitar (Código Civil, art. 1.986).

Deixando o testador de exercer a faculdade de nomear testamenteiro, ou se o nomeado não aceitar, recairá a testamentária, preferencialmente, no cônjuge sobrevivente, e, em falta dele, no herdeiro nomeado pelo juiz (Código Civil, art. 1.984). Ou, dadas as circunstâncias, em pessoa que este escolher,

ainda que não seja herdeiro, apelidado desta sorte como *testamenteiro dativo*. Na omissão, ainda, do testador, e havendo um só herdeiro, nele deverá recair a nomeação. E, no caso de ser a herança toda distribuída em legados, o testamenteiro dativo será de preferência o principal legatário.⁴⁰³

Não foi feliz a modificação no texto correspondente do Código de 1916, substituindo a referência ao “cabeça de casal” pela expressão “um dos cônjuges”. Certamente quis aludir ao cônjuge supérstite. Melhor foi a redação do Projeto de 1965, que, na falta de testamenteiro nomeado pelo testador, transferia o encargo para o inventariante.

Aceitação. Ordenada a execução do testamento, e feito seu registro, o juiz mandará intimar o testamenteiro (Código de Processo Civil de 2015, art. 735, § 3º, c/c o art. 737, § 4º), o qual, aceitando, prestará o compromisso de bem servir, valendo este como instrumento definidor de sua responsabilidade, e ao mesmo tempo de título que o credenciará para proceder como tal.

Será nulo o processo de inventário se faltar a citação do testamenteiro (STJ, REsp. nº 277.932-RJ).

Ao contrário da tutela, que é encargo público, a testamentária é *munus privatum*, função que ninguém é obrigado a exercer, senão por anuência livre.⁴⁰⁴ Função da amizade, ou da confiança, seja do testador, seja do juiz, é aconselhável a sua aceitação, mas não compulsória, pois que geradora de deveres e de responsabilidades, de cuja aceitação o escolhido deve ser o único juiz.

A *aceitação* será expressa, quando o nomeado o declare; *tácita*, quando inicia a execução testamentária sem algum pronunciamento; *presumida*, se aceita legado a ele feito para esse fim.⁴⁰⁵ Sendo livre a aceitação ou não aceitação, tem o testamenteiro, depois de aceito o encargo e de prestado o compromisso, o direito de abdicar da testamentária. Ainda que já tenha iniciado a execução do testamento.

A recusa não se requer justificada, bastando a manifestação do nomeado.⁴⁰⁶ Livre será também a *renúncia*, guardado o respeito à boa-fé, e observada a oportunidade, para que não se exponham os interessados a prejuízos.⁴⁰⁷ O renunciante comunicará ao juiz o seu propósito, em condições de ser intimado ou nomeado outro executor, dando as razões do abandono

(“*causa legítima*”, na dicção do art. 1.141 do agora revogado Código de Processo Civil de 1973), que o juiz apreciará devidamente, acolhendo-as se graves e ponderáveis, pois se é certo que ninguém é obrigado a aceitar a testamentária, certo é também que, aceitando-a, deve dar-lhe cumprimento.⁴⁰⁸

Capacidade. A testamentária implica obrigações para quem a exerce. Sem embargo de constituir a sua escolha ato discricionário do testador, ou do juiz, e, portanto, não estar sujeita a condições de aprovação pelos herdeiros, a nomeação somente pode recair em pessoa capaz de obrigar-se.⁴⁰⁹ Desta sorte, são proibidos de exercê-la os menores e os interditos. No regime do Código de 1916 as mulheres casadas dependiam da outorga marital, exigência que cessou com o Estatuto da Mulher Casada (Lei nº 4.121, de 27 de agosto de 1962) e que, obviamente, não reviveu no Código Civil de 2002.

Não pode a testamentária, em nenhuma hipótese, ser deferida a uma pessoa jurídica em nosso direito,⁴¹⁰ ao contrário do italiano que o admite.⁴¹¹

Não deverá, também, ser atribuída a quem tenha débito com o testador, ou esteja em litígio com os herdeiros.

Nada impede, todavia, que recaia em herdeiro ou em legatário.

Em boa doutrina, sustenta-se que não é impedida de exercê-la a testemunha instrumentária. Pode ser também nomeada a concubina do testador casado.⁴¹² Posto inexistir proibição formal ou impedimento legal, não é recomendável a designação dessas pessoas, assim pela participação no próprio ato, como pela percepção de prêmio que seria um meio de tirarem proveito.⁴¹³

Não pode ser testamenteiro quem escreveu o testamento a rogo do testador, bem como seu ascendente, descendente, cônjuge, companheiro ou irmão.⁴¹⁴

Os estrangeiros não sofrem restrição por este fato, por ser a testamentária cargo privado, e não público.⁴¹⁵

Indelegabilidade. A nomeação do testamenteiro (instituído ou dativo) tem em vista as qualidades pessoais do escolhido (designação *intuitu personae*), e a confiança de que desfruta. Suas funções são, portanto, indelegáveis, o que não obsta possa o testamenteiro constituir mandatário, com poderes especiais, que o represente no respectivo exercício (Código Civil, art. 1.985). Torna-se

mesmo obrigatória a outorga de poderes a um letrado (Orosimbo Nonato), quando se trata de defender o testamento. O que lhe é defeso é transferir a outrem as atribuições.⁴¹⁶

Caracterização jurídica. Imprecisão e controvérsia campeiam na determinação da natureza jurídica das funções do testamenteiro.

1. A primeira lembrança acudindo ao espírito, e constituindo doutrina clássica, é a chamada *teoria do mandato*, segundo a qual o testamenteiro age como mandatário do testador, assim constituído no testamento que é o respectivo instrumento. Mas acontece que tal entendimento destoa das linhas estruturais da representação convencional, se se tiver em vista que uma das causas de sua extinção é precisamente a morte do comitente.⁴¹⁷ Ainda que se tivesse em vista o seu caráter excepcional na espécie, para assentar que seria um mandato que se iniciaria com a morte do mandante, ficaria a descoberto o testamenteiro dativo, que, não sendo designado pelo disponente, procede, todavia, em termos idênticos ao outro. Reconhecendo a anomalia da situação, uma corrente o considera mandato *sui generis*, submetido a regras próprias.⁴¹⁸

2. Fazendo um apanhado sinótico de todas as teorias (do mandato, da tutela, do executor-árbitro, da representação do testador, da representação da sucessão, do quase contrato), as quais expõe e comenta, Orosimbo Nonato inclina-se por considerar a testamentária um ofício de certo interesse público comparável à tutela.⁴¹⁹

3. Admitindo-se a aplicação de alguns princípios atinentes ao mandato civil, e outros próprios da tutela (que, aliás Windscheid proclamara: *executores ultimarum voluntatum tutoribus aequiparantur*), a testamentária é por outros considerada um instituto *sui generis*, constituindo cargo ou *munus* de ordem privada e de natureza específica, inconfundível com qualquer relação contratual.⁴²⁰ Nesta linha de raciocínio, fixa-se a posição dos que assinalam a sua origem num negócio jurídico unilateral, para proceder com atribuições que lhe são próprias.⁴²¹

4. O que nos parece certo é que o testamenteiro é um *representante* do testador, seja ele nomeado por este mesmo, ou pelo juiz. Conforme demonstramos nesta obra (vol. I, nº 106), muito se tem perturbado a ideia de *representação* pela intercorrência do mandato. Mas, se nos ativermos a que a

representação é instituto abrangente, sendo o mandato apenas um dos seus aspectos, aqui temos, no testamenteiro, um *representante* que não é mandatário, porém investido de poderes que, em linhas gerais, lhe vêm da lei, apenas acrescidos ou alterados pela vontade do testador, com aspectos supletivos. Ordenadas as suas atribuições, próprias deste múnus, o testamenteiro as exerce sob supervisão judicial, e devendo contas aos herdeiros. Mas é a vontade do testador que ele cumpre, procedendo em nome dele, até o momento em que se extinguem as respectivas funções. Não sendo representante convencional, não há falar em semelhança, com o mandato, uma vez que a ideia predominante é a do exercício de poderes oriundos do mandamento da lei, independentemente da nomeação pelo testador ou pelo juiz.

Atribuições. Ao testamenteiro incumbe a execução do testamento. As suas funções podem resumir-se nas ideias de defesa e cumprimento da vontade testamentária. Para desempenhar suas atribuições, a lei as menciona destacadamente. Mas ao testador é lícito estender-lhe os poderes além dos legais, pois que é a sua vontade que há de ser cumprida. Em nosso direito, não se cogita da extensão jurisprudencial daquelas atribuições, como ocorre nos Direitos francês e belga.⁴²² Entendemos, contudo, ser aplicável um conceito de “poderes implícitos”, admitindo que as funções conexas e os atos correlatos aos de sua competência específica devem ser-lhe reconhecidos. Assim é que, se tiver a posse e a administração da herança, cabe-lhe cobrar os créditos do monte, perceber os frutos e rendimentos, pagar as dívidas e liquidar o acervo para efetuar a entrega dos quinhões e pagamento dos legados.⁴²³ Theodor Kipp admite que o testamenteiro, com a administração da herança, possa alienar bens, na medida da necessidade de executar o testamento, sendo-lhe, porém, defesas as disposições gratuitas, salvo por imposição de dever moral ou de decoro.⁴²⁴ Em nosso direito, todo ato de disposição requer prévia autorização judicial, salvo se tiver sido ordenada pelo testador, como meio de executar a sua vontade.

Compete ao testamenteiro:

1. Apresentar o testamento à autoridade judiciária, para serem cumpridas as formalidades de abertura ou publicação, registro e ordem de cumprimento. Se não estiver em sua guarda, apontará ao juiz quem o detenha, pedindo sua

intimação para que o apresente (Código Civil, art. 1.979).

2. Prestar compromisso de bem servir, assinando em cartório o respectivo termo.

3. Requerer o inventário dos bens da herança, se tiver a sua posse e administração (Código Civil, art. 1.978). Como em regra, a posse da herança cabe aos herdeiros,⁴²⁵ exigirá destes os meios de cumprir a vontade testamentária: aliás, conquanto o Código Civil de 2002 não tenha repetido textualmente a norma do parágrafo único do art. 1.755 do Código revogado, o direito a exigir dos herdeiros “*os meios de cumprir as disposições testamentárias*” deve reputar-se subsistente, como simples corolário da obrigação, imposta ao testamenteiro, de dar cumprimento à vontade do testador (Código Civil de 2002, art. 1.980).

4. Em qualquer das duas hipóteses acima, é lícito a qualquer dos herdeiros requerer a partilha imediata, ou devolução da herança, habilitando o testamenteiro com os meios necessários para o cumprimento dos legados ou dando caução de prestá-los (Código Civil, art. 1.977, parágrafo único).

5. O *testamenteiro particular*, por não dispor de meios, pedirá aos herdeiros o necessário ao cumprimento das disposições do testamento. O *testamenteiro universal*, com a posse e administração da herança, cumpre as determinações do testador, com os recursos da herança em seu poder, e em seu próprio nome. Havendo necessidade de vender bens do espólio, para fazer face aos encargos da testamentária, é mister prévia autorização do juiz, sendo, contudo, lícito ao herdeiro provê-lo do numerário, e adjudicar o bem.⁴²⁶

6. Com ou sem o concurso do inventariante e dos herdeiros instituí-dos, o testamenteiro tem de defender o testamento, com a *legitimatío ad causam* ativa para propugnar seu cumprimento, e passiva para sustentar a sua validade total ou parcial, contra qualquer investida. Para tais fins, poderá constituir advogado, submetendo à autorização judicial o respectivo contrato de honorários.

7. Providenciar sobre o enterro do testador, de acordo com o costume do lugar e o seu *status* econômico e social, e promover a construção de seu túmulo, se já não existir na família. Ordenará ainda as cerimônias fúnebres, e cumprirá os atos em sufrágio de sua alma, segundo o ordenado no testamento, ou conforme as praxes, no silêncio deste.

8. Prestar contas da testamentária, submetendo-as ao juiz em forma contábil, com a inscrição das despesas a débito da herança e os haveres e rendimentos recebidos ao respectivo crédito (Código Civil, art. 1.980; novo Código de Processo Civil, art. 735, § 5º). Se houver vendido bens, comprovará a operação. Mas não lhe é lícito adquirir os bens de herança (Código Civil, art. 497, nº I). Se o fizer, é nulo o ato aquisitivo, qualquer que seja o título, ainda que em hasta pública, e qualquer que seja a finalidade, ainda que em pagamento da vintena, como vedado lhe é, também, especular com eles.⁴²⁷ E anulado o ato, ao testamenteiro (ou seus herdeiros), cabe restituir a coisa com seus frutos e acrescentamentos.

Ao juiz compete apreciá-las, glosando o que tenha sido despendido irregularmente. Homologadas, a final, estará o testamenteiro exonerado e quite. Se, contudo, for encontrado em alcance, terá de repor o bem ou o valor faltoso, além de responder pelos prejuízos e de perder o prêmio.

Para cumprir o testamento, e prestar contas da testamentária, terá o executor o prazo de 180 dias, contados da aceitação da testamentária, se lhe não for concedido maior pelo testador ou não for prorrogado por motivo suficiente (Código Civil, art. 1.983 e seu parágrafo único).

A prestação de contas espontânea do testamenteiro, ou exigida pelos interessados, deverá ser processada no foro em que se cumprir o testamento.⁴²⁸

Este dever de prestar contas, que é próprio de quem quer que administre fazenda alheia, não pode ser dispensado pelo testador, máxime havendo herdeiros necessários. Até aí não pode chegar o seu arbítrio, porque após a abertura da sucessão, os proprietários são os herdeiros, aos quais compete apurar como o acervo foi gerido.⁴²⁹ Não obstante opinião contrária, fundada em que a dispensa das contas é um “legado do remanescente”, mais correta é a tese aqui sustentada, por ser o instrumento único, de defesa dos interesses dos herdeiros, que a dispensa poderia fundamente atingir.⁴³⁰

Independentemente do encerramento da testamentária, poderá o juiz exigir a qualquer tempo as contas do testamenteiro, se for este acusado de má administração, ou se houver suspeita de comportamento abusivo. Comprovada a falta, o juiz decretará a sua remoção e perda da vintena, a qual reverterá à herança (Código Civil, art. 1.989).

9. Pode o testamenteiro estar investido de atribuições ou de faculdades especialmente outorgadas pelo falecido, sejam mais amplas ou mais restritas do que aquelas advindas da lei.⁴³¹ Como as referentes ao custeio de educação dos filhos do disponente, ou outras. E, em tal caso, a aceitação da testamentária envolve as respectivas incumbências, de que tem de dar contas também.

Responsabilidade do testamenteiro. Encarregado de cumprir a vontade destinada a produzir efeitos jurídicos, o testamenteiro tem deveres a cumprir. São responsabilidades que se desdobram em relação aos herdeiros e legatários.

1. *Em relação aos herdeiros*, elas se apresentam mais nítidas quando se trata de testamenteiro universal, pelo fato de receber toda a execução testamentária. A sua prestação de contas abrange tudo que lhe foi confiado. Responde, assim, pelos haveres a ele entregues, pelos danos causados por culpa sua, e ainda pelos prejuízos carregados à sua omissão, como no caso de direitos que deixou prescrever, créditos em cuja cobrança se omitiu etc.

2. *Em relação aos legatários*, é obrigado a tudo que envolva o cumprimento dos legados, desde as diligências necessárias a identificar e encontrar os favorecidos, até a efetiva entrega do objeto.

3. *Em relação a uns e outros*, incumbe-se da defesa do testamento, e responde se convencido de omissão culposa.

4. *Em face do Fisco*, tem encargo quanto ao recolhimento dos tributos devidos.⁴³²

5. Responde, ainda, por perdas e danos que causar aos herdeiros e legatários, na forma do direito comum, pelos abusos que cometer.⁴³³

Prescrição. Prescrevem as obrigações do testamenteiro, na falta de disposição *brevi temporis*, no prazo de 10 anos, contados de quando cessar a testamentária, ou de quando devera ter cessado (Código Civil, art. 205). Não pode o testador alterar semelhante prazo; nem será lícita a convenção que o modifique, firmada entre o testamenteiro e os interessados na sucessão (Código Civil, art. 192).

Vintena. As funções do testamenteiro presumem-se gratuitas, quando for ele herdeiro ou legatário. Em caso contrário, tem direito a um *prêmio*, que não

é uma liberabilidade, mas uma gratificação *pro labore*, remuneratória da testamentária,⁴³⁴ e que obedece a certos lineamentos dogmáticos. No primeiro plano, e em respeito à vontade testamentária, perceberá o que lhe taxar o disponente. Se este o não fizer, cabe ao juiz arbitrá-lo, de um a cinco por cento, tendo em vista as circunstâncias que envolvem a execução do testamento. O prêmio é calculado sobre toda a *herança líquida*, e denomina-se *vintena*, porque o máximo de cinco por cento corresponde a um vigésimo do valor básico. Deduzir-se-á, porém, da meação disponível, quando houver herdeiros necessários, cujas legítimas não deverão suportar redução a esse título (Código Civil, art. 1.987 e seu parágrafo único). Por “herança líquida” compreende-se o saldo, depois de pagas as dívidas do *de cuius*, as despesas com funeral e cerimônias religiosas, e custeio do inventário. Se for somente testamentária a sucessão, aplica-se sobre este remanescente o percentual fixado ou arbitrado. Mas se o autor da herança houver falecido *partim testatus et partim intestatus*, a porção hereditária que constitui a sucessão legítima não pode ser computada para efeito do encargo, porque sobre ela não atuou a vontade do defunto, porém a da lei. Neste caso, então, o valor atingido é o da herança testamentária. Quer, pois, dizer: havendo herdeiros necessários, o prêmio se imputará sobre a parte da herança de que dispôs o testador, deduzida, portanto, da meação disponível tão somente.⁴³⁵

A vintena se pagará em dinheiro, não sendo lícita a adjudicação de bens da herança ao testamenteiro, a esse título.⁴³⁶

Constituindo o testamenteiro um advogado que o represente, deverá submeter à aprovação judicial o respectivo contrato de honorários, com audiência dos interessados, debitando a despesa ao monte, o que vale dizer que a vintena lhe será paga livre.⁴³⁷

Conforme visto acima, o testamenteiro que for legatário ou herdeiro não faz jus à vintena. Mas aqui se trata do herdeiro testamentário, não do herdeiro legítimo, que, recebendo seu quinhão *ope legis*, não se confunde a sua vocação sucessória, que é independente da existência do testamento, com a função testamentária, peculiar à sucessão em face de vontade do defunto.⁴³⁸ Nas mesmas condições acha-se o herdeiro necessário. E, por extensão, o raciocínio compreende a esposa do herdeiro, se o casamento for em regime de comunhão de bens, seja para excluí-la do prêmio, se for o seu marido

herdeiro instituído, seja para se lhe reconhecer direito em caso contrário. Mas, acima de tudo, prevalecendo a vontade do testador, perceberá a vintena o herdeiro instituído, se o testador assim dispuser, com extensão ao seu cônjuge sobrevivente e meeiro.⁴³⁹

Falecendo o testamenteiro em curso da execução testamentária, aos seus herdeiros cabe a parte do prêmio, proporcional ao trabalho despendido, segundo o arbitrar o juiz, não podendo este, todavia, ultrapassar os cinco por cento no que atribuir aos ditos herdeiros e ao que couber ao substituto do falecido.⁴⁴⁰

Anulando-se o testamento, prêmio nenhum é devido, pois assumiria as feições de um pagamento *sine causa*, ou um indébito.⁴⁴¹

Cessação da testamentária. A testamentária termina:

1. Pela conclusão do encargo. Incumbido o testamenteiro de executar a vontade do morto, encerram-se as suas funções com o seu cabal cumprimento, que se comprova especificamente com a prestação de contas.

2. Pelo esgotamento do prazo, salvo prorrogação.

3. Pela morte do testamenteiro, uma vez que o múnus é deferido *intuitu personae*, indelegável e intransferível, portanto, aos sucessores (Código Civil, art. 1.985).

4. Pela renúncia, em ocorrendo motivo justo e aceito pela autoridade judiciária.

5. Pela superveniência de motivo que incapacite o testamenteiro para a testamentária.

6. Pela destituição por decreto judicial, nos casos em que tenha cabimento.

7. Pela anulação do testamento.

Evidentemente, se o testamento for *revogado*, caducará a cláusula de nomeação do testamenteiro (STJ, AgRg no Agravo de Instrumento nº 10.639-PE).

474. DIREITO DE ACRESCER

Morrendo um herdeiro ou legatário, cumpre-se, enquanto possível, na sua pessoa, a vontade do disponente. Em não prevalecendo, porém, a disposição, cabe determinar a quem aproveitam os bens. E ocorre então indagar se aos

herdeiros legítimos ou aos outros nomeados na mesma cláusula ou na mesma cédula.

Se o testador designa coletivamente mais de uma pessoa para receberem a herança ou o legado, é preciso interpretar a sua vontade, esclarecendo se, em falta de aceitação, a nomeação conjunta opera a transferência para os sucessores da outra classe, ou se o quinhão do faltoso vai beneficiar os demais instituídos. Esta última hipótese consiste no “direito de crescer”, em torno do qual ainda vige alguma indecisão entre os doutores e entre os sistemas jurídicos.

Tais dúvidas já existiam no Direito Romano, que intentava aclará-las através da distinção entre a conjunção real (*re tantum*), a conjunção verbal (*verbis tantum*) e a conjunção mista (*re et verbis*). Os civilistas depõem da grande ancianidade do instituto do crescimento, tão vetusto (diz Orosimbo Nonato) quanto o testamento mesmo e anterior (acrescenta, forte em Troplong) à *Lex Julia et Papia Poppaea*, que não o teria originado senão apenas modificado.⁴⁴² E sustentavam os jurisconsultos o *ius accrescendi* em nome da unidade sucessória: se as duas espécies de sucessão – *testata e ab intestato* – eram impossíveis, consequência seria que os bens da herança deixada ao instituído haveriam de passar aos outros instituídos, pois que não era lícita a transmissão a outrem – *nemo pro parte testatus pro parte intestatus decedere potest*. Não vigorando, contudo, princípio idêntico para os legados, o acrescentamento em favor dos demais legatários assentava na *vontade presumida do testador*.⁴⁴³

Este último é o fundamento invocado para todo crescimento,⁴⁴⁴ embora em Direito Romano se fizesse uma distinção. Entre herdeiros vigorava este motivo, mas, entre legatários, entendia-se que o testador quisera chamá-los à totalidade da coisa legada: *eadem res duorum in solidum relicta*.⁴⁴⁵

A falta de texto expresso em nosso direito anterior ao Código Civil de 1916 levou os autores a posições radicais, ora negando o direito de crescer;⁴⁴⁶ ora admitindo-o tão somente nos legados;⁴⁴⁷ ora, finalmente, aceitando a sua incidência nos legados e na herança.⁴⁴⁸

O Código francês perfilhou as distinções romanas, enunciando regras que De Page considera complicadas e inúteis.⁴⁴⁹

O Código Civil de 1916 (seguido, em linhas gerais, pelo de 2002) pôs termo às incertezas, enunciando princípio abrangente da herança e do legado. E, das espécies romanas, sobrevivem a conjunção real (*re tantum*) e a conjunção mista (*re et verbis*), sem a preocupação de se manter aquela terminologia. Entre coerdeiros (Código Civil, art. 1.941) verifica-se quando a mesma disposição testamentária os chama à herança em quinhões não determinados: *ad eandem rem vocati*. Numa configuração *re et verbis*, salientam-se os requisitos do direito de acrescer *entre herdeiros*: a) nomeação na mesma cláusula; b) incidência na mesma herança; c) ausência de determinação das partes de cada um;⁴⁵⁰ e *entre legatários* (art. 1.942), quando são estes nomeados conjuntamente a respeito de uma só coisa, determinada e certa; ou quando esta não puder ser dividida sem risco de desvalorização. Somente ocorre acréscimo na disposição *conjunta*, que se define como aquela em que vários *herdeiros* ou *legatários* são convocados coletivamente para a fruição dos bens ou de uma quota-parte deles.⁴⁵¹

Segundo a doutrina formada à luz do Código de 1916, não basta a disposição conjunta, mas é necessário ainda que ocorra uma destas hipóteses: a) sucessão em quinhões não determinados; b) sucessão em uma só coisa, individualmente designada; c) sucessão em uma coisa indivisível.⁴⁵² O Código Civil de 2002, no que tange ao direito de acrescer entre colegatários (art. 1.942), substituiu, contudo, o requisito da *indivisibilidade*, tal como enunciado pelo art. 1.710, parágrafo único, do Código revogado (e compatível com a definição de *bem indivisível* de seu art. 53, nº I) por outro mais amplo:⁴⁵³ segundo se lê na parte final do art. 1.942 do atual diploma, haverá direito de acrescer “quando o objeto do legado não puder ser dividido *sem risco de desvalorização*”. Já não mais se fala, pois, em risco de *deterioração*, como no Código anterior. Há legados que, embora materialmente divisíveis, se desvalorizam quando fracionados: assim, por exemplo, uma obra literária editada em muitos tomos, uma baixela de prata ou porcelana e, em geral, coleções cujo valor supere o da soma de suas respectivas unidades. Pode-se afirmar que a indivisibilidade a que se referia o Código de 1916 (“*indivisibilidade quase absoluta*”, no dizer de Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, nº 1.099) deu lugar a conceito mais abrangente e flexível – inclusive para harmonizar a norma do art. 1.942 com a definição de bem

indivisível (colhida *a contrario sensu*) do art. 87 do Código Civil de 2002.

O instituto não aberraria, entretanto, da sucessão legítima, quando se enuncia a regra segundo a qual a parte do herdeiro renunciante acresce à dos outros da mesma classe (Código Civil, art. 1.810), nem é incompatível com a aquisição entre vivos, presente que está na doação a marido e mulher, conforme no lugar próprio assinalamos (v. nº 233, *supra*, vol. III).

Seguindo a doutrina alemã (BGB, art. 2.094), o nosso direito assenta que, ocorrendo desta sorte a disposição testamentária, se um dos herdeiros nomeados premorrer ao testador, renunciar à herança ou dela for excluído, ou ainda se se não verificar a condição imposta, acrescerá o seu quinhão à parte dos coerdeiros conjuntos, os quais ficam sujeitos às obrigações e encargos que o oneravam (Código Civil, art. 1.943 e parágrafo único). Entre os colegatários também se dá o acréscimo, seja total, seja parcial a caducidade do legado.

Pode, sob certo aspecto, configurar-se o *ius accrescendi* como se fosse uma substituição presumida na lei, que só tem lugar na disposição conjunta.⁴⁵⁴

Não se verificará o direito de crescer: *a)* se a distribuição se fizer por partes ou quinhões, designando o testador a quota ou coisa atribuída a cada um;⁴⁵⁵ *b)* se tiver o testador nomeado substituto ao herdeiro ou legatário instituído (v. nº 471, *supra*); *c)* se o testamento for anulado por incapacidade do disponente; quando o legado se invalidar pela revogação, em virtude da qual a coisa legada seja atribuída a outra pessoa; quando caducar o legado pelo perecimento do objeto, ou quando se anular pelo fato de já pertencer a coisa a outrem ou ao próprio herdeiro.⁴⁵⁶

Inexistindo *ius accrescendi* entre herdeiros, sem designação de substituto, transmite-se aos herdeiros legítimos a quota vaga do nomeado (Código Civil, art. 1.944). Se o não houver entre colegatários, a quota do que faltar acresce ao herdeiro ou legatário incumbido de satisfazer esse legado, ou a todos os herdeiros, na proporção dos quinhões, se o legado for tirado do monte (Código Civil, art. 1.944, parágrafo único).

E se não houver causa jurídica para que os colegatários ou coerdeiros recebam o acréscimo, nem para que os bens se destinem a pessoa determinada, defere-se a herança aos sucessores legítimos.

Operando-se o direito de crescer em favor de coerdeiro ou de colegatário,

toca-lhe aceitar ou repudiar, por inteiro, a herança ou o legado, de acordo com o art. 1.808 do Código Civil (v. nº 433, *supra*). Como consequência da regra, a aceitação ou a renúncia abrangerá a porção que poderia, em tese, acrescer à herança ou ao legado, de modo que ao beneficiário do acréscimo não é lícito repudiá-la separadamente de uma ou de outro, salvo se o acréscimo comportar encargos especiais impostos pelo testador. No último caso, uma vez manifestada a renúncia pelo sucessor a quem tocara o direito de acrescer, o acréscimo reverte para a pessoa a favor de quem os encargos foram instituídos (Código Civil, art. 1.945). Assim, por exemplo, se o testador nomear conjuntamente dois herdeiros, gravando a herança de um deles com o encargo de prestar alimentos a terceiro, e se o onerado renunciar, ao beneficiário do direito de acrescer caberá a escolha entre aceitar toda a herança, renunciá-la por inteiro ou, por fim, repudiar apenas o acréscimo. Nessa última hipótese, a quota vaga reverterá ao credor da prestação alimentícia (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.945).

Usufruto. No legado conjunto de usufruto, *uso e habitação*, opera-se uma como que indivisibilidade, acrescentando aos colegatários a parte do que faltar. Aqui, o direito se funda em que o testador tenha querido atribuir a cada um dos usufrutuários o usufruto inteiro, isto é, os tenha designado *in solidum*.⁴⁵⁷

Se, porém, não houver conjunção, ou mesmo que esta exista, se o usufruto for legado em partes certas, as quotas dos que faltarem se extinguem, e se consolidam na propriedade, por tal arte, que o nu-proprietário vai gradativamente recebendo a integração do uso e gozo da coisa (Código Civil, art. 1.946).

No legado de usufruto, o *ius accrescendi* rege-se precipuamente pela vontade do testador, que disporá da maneira que deseja se dê a sucessão entre os colegatários. Na falta de menção expressa, atentar-se-á para a natureza da disposição. Legada a uma pessoa a nua-propriedade e a outra o usufruto, a morte do usufrutuário consolida a propriedade no primeiro. Mas, reversamente, a morte do nu-proprietário importará na sucessão regular dos seus herdeiros, sem modificação no direito do usufrutuário, para melhor ou para pior.

Em qualquer circunstância, entretanto, não pode ser transposta a proibição

legal de instituir usufruto sucessivo, assunto sobre o qual já nos referimos acima (nº 472, *supra*).

475. DESERDAÇÃO

Não é somente com caráter positivo que se executa o testamento. O testador pode ter manifestado a sua vontade, privando um herdeiro do quinhão que deveria receber, o que indiretamente importa em beneficiar outro herdeiro. Em verdade, “excluir é dispor”.⁴⁵⁸ Pode ser negativa a manifestação da vontade testamentária, *por via de deserdação*, ato pelo qual o herdeiro necessário é privado de sua legítima (Código Civil, art. 1.961). Conforme já assinalamos (nº 453, *supra*), o herdeiro necessário tem assegurado o direito a uma parte dos bens deixados pelo defunto, sendo vedada toda liberalidade que exceda da meação disponível. A título de sistematização da matéria, é bom que se assente, então, que para excluir da sucessão herdeiros que não pertençam à classe dos necessários (companheiro,⁴⁵⁹ colaterais em qualquer grau), basta dispor dos bens sem contemplá-los, independentemente de qualquer formalidade ou declaração.⁴⁶⁰ O mesmo não ocorre com os necessários. Aí é que se situa o instituto da *deserdação*, uma vez que têm eles, *ope legis*, um direito ao quinhão legítimo.⁴⁶¹

Historicamente, à *exheredatio* vai plantar suas raízes nas mais velhas civilizações orientais, com trânsito pelo Direito grego, e pelo romano.

O direito moderno o contempla, dedicando-lhe os nossos preceitos específicos. Não é, porém, unânime a doutrina moderna ao seu respeito. Já Clóvis Beviláqua, na elaboração de seu Projeto, abolira o instituto como odioso e inútil. Odioso, por incentivar malquerenças *post mortem*. Inútil, porque as faltas cometidas pelo herdeiro podem encontrar sanção no instituto da indignidade.⁴⁶² Mas sobreviveu no Código de 1916, atendendo a que se não deve privar o testador do direito de recusar os seus bens ao que se haja portado tão mal para com ele. Idêntica orientação seguiu o Código de 2002, o qual, tendo incluído o cônjuge entre os herdeiros necessários, pecou por não enumerar as causas específicas que poderiam em tese acarretar sua deserdação.

Não é arbitrário, todavia, privar o herdeiro necessário de sua legítima, nem

quanto à deliberação do testador, nem quanto ao fundamento. Calçado há de ser este (como a indignidade) no descumprimento de deveres por parte do herdeiro necessário ou na “ingratidão conspícua” cometida pelos filhos.⁴⁶³

Certos requisitos hão de se apurar, sem os quais não prospera:

1º) Só *por testamento* poderá ser feita e com expressa e especificada declaração da causa, ou seja, a menção do fato determinante (Código Civil, art. 1.964). É necessário, ainda, que seja válido o testamento, não produzindo efeito deserdatório o ineficaz por defeito intrínseco ou extrínseco.⁴⁶⁴

Indaga-se, *quid iuris*, se o testador deserdar todos os seus herdeiros. Em nosso direito, a questão é de resolver-se à vista das circunstâncias, atendendo a que toda deserdação deve ser fundamentada. Se todos forem coautores do fato determinante e o testador não distribuir os bens em legados, o Estado será o destinatário dos bens, e a ele compete a *legitimatio* para a ação de deserdação.

Questiona-se, também, se o testador pode cancelar a deserdação imposta ao herdeiro necessário. E a resposta é positiva. É claro que sim, revelando mesmo, de sua parte, um gesto de generoso perdão, a quem o tenha fundamente magoado. Mas, como a pena é imposta em testamento, somente será relevada pela via adequada da revogação testamentária.⁴⁶⁵ Deixará de prevalecer, e conseqüentemente não mais servirá de fundamento à respectiva ação, no caso de ser revogado o testamento que a continha, ou ainda na hipótese de haver o testador, em outro ato de disposição de última vontade, havê-la tornado sem efeito. Mas a simples reconciliação do testador com o deserdado não invalida a pena.⁴⁶⁶

2º) Não basta a manifestação de vontade do disponente. É, ainda, *mister seja intentada ação contra o excluído*. No seu curso, e não no próprio inventário ou em qualquer processo de jurisdição graciosa atinente à sucessão (v.g., de registro e cumprimento do testamento), o herdeiro instituído, ou qualquer outra pessoa a quem a deserdação aproveite, deverá provar a veracidade da causa invocada.

Diversamente do Código de 1916 (art. 178, § 9º, nº IV), o Código Civil em vigor não cogitou, expressamente, da chamada “ação de impugnação”, a que estava legitimado (como *autor*) o herdeiro deserdado, para exigir do beneficiário da deserdação a prova da causa invocada pelo testador. A

doutrina a ela se referia como ação *cominatória*, porque destinada a constranger o réu a se desincumbir de um ônus probatório.⁴⁶⁷ A despeito do silêncio da lei vigente, deve-se admitir a subsistência da ação, sujeita a idêntico prazo decadencial, diante do interesse do deserdado em ver rapidamente reconhecida, por sentença, a *ineficácia*⁴⁶⁸ da cláusula de deserdação.

O prazo de decadência da ação de deserdação (ou da ação de impugnação, intentada pelo deserdado) é de quatro anos, contados da abertura do testamento (Código Civil de 2002, art. 1.965, parágrafo único). Não havendo que cogitar de “abertura” de testamento público ou particular, a norma, na parte relativa ao termo inicial do quadriênio, parece restrita ao testamento cerrado, devendo-se entender que, nas demais hipóteses, o prazo fluirá a partir da decisão que ordenar o cumprimento do ato de última vontade.⁴⁶⁹ Deixando o herdeiro instituído, ou aquele a quem a cláusula aproveita, de ajuizar a ação nesse lapso, decai do direito de promover a deserdação. Conseguindo dar a prova cabal do fato, a sentença privará o herdeiro de sua legítima. Não logrando fazê-lo, ou deixando escoar *in albis* o prazo decadencial, a deserdação, conquanto imposta pelo testador, não produzirá nenhum efeito. Embora o Código Civil de 2002 não haja reproduzido a regra do art. 1.443, parágrafo único, do diploma revogado (“*Não se provando a causa invocada para a deserdação, é nula a instituição, e nulas as disposições, que prejudiquem a legítima do deserdado.*”), continua a ser correta a afirmação de que, ineficaz a cláusula de deserdação, prevalecem todavia os legados que comporte a meação disponível.⁴⁷⁰ Mas aqui ocorre indagar se é lícita a renúncia a este direito, ou se pode ser objeto de transação. E parece-nos que sim, porque se o herdeiro tem o arbítrio de propor ou de não propor a ação, e se esta redundará em proveito de cunho econômico, qualifica-se o direito respectivo como um daqueles “patrimoniais de caráter privado” (Código Civil, art. 841), nada impedindo que o excluído enuncie o propósito de não propor a ação, ou dela desista, compondo-se com o deserdando. Na hipótese de haver mais de um interessado, a renúncia, como a transação, somente produzirá pleno efeito se os abranger a todos, uma vez que não se estende aos demais.

3º) As causas justificativas não são arbitrárias, nem se admitem ampliadas por interpretação analógica (Clóvis Beviláqua, Itabaiana de Oliveira, Carlos

Maximiliano, Orosimbo Nonato). Ao contrário, só terá cabimento a deserdação quando baseada em algum dos fatos legalmente enumerados:

A) Além das causas geradoras da exclusão por indignidade (nº 432, *supra*), a *deserdação do descendente*, pelo ascendente, poderá fundar-se (Código Civil, art. 1.962) em:

I. ofensas físicas, qualquer que seja a sua intensidade ou extensão, não sendo necessária a reiteração, nem a prévia condenação em processo criminal;

II. injúria grave, irrogada à pessoa mesma do testador; não basta qualquer injúria, mas a que o atinge seriamente; e há de ser direta, não justificando a deserdação a que é dirigida contra pessoas de sua família, ainda que muito prezadas, como seus filhos ou pais; mas, no sistema do Código Civil de 2002, a injúria dirigida ao cônjuge ou companheiro do testador pode também servir de fundamento à deserdação (art. 1.814, nº II).

III. relações ilícitas com a madrasta ou o padrasto;

IV. o desamparo do ascendente em alienação mental ou grave enfermidade, no sentido de lhe faltar com assistência normal; não justifica a deserdação se o descendente, à míngua de recursos, deixa de prestá-la quando acima de suas posses.

B) Semelhantemente, *o descendente poderá deserdar o ascendente* (Código Civil, art. 1.963), além das causas enumeradas a propósito da indignidade (nº 432, *supra*), também por ofensas físicas, injúria grave, relações ilícitas com a mulher ou companheira do filho ou a do neto, ou com o marido ou companheiro da filha ou o da neta, desamparo do filho ou neto em alienação mental ou grave enfermidade.

Deserdação do cônjuge. Elevado à condição de *herdeiro necessário* (Código Civil de 2002, art. 1.845), também o cônjuge deveria logicamente sujeitar-se à pena da deserdação. Em sua versão original (Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002), o Código Civil atual, por evidente cochilo do legislador, deixou, porém, de enumerar os fatos que poderiam em tese conduzir à deserdação do cônjuge. A natureza restritiva das normas sobre deserdação impede sua aplicação analógica (*odiosa restringenda*), tornando inadmissível a invocação dos motivos dos arts. 1.962 e 1.963 para que se promova a imposição da pena ao cônjuge.⁴⁷¹ Se o fato se enquadrar em qualquer das

hipóteses do art. 1.814, o cônjuge, como qualquer sucessor, poderá ser excluído por indignidade, sendo, em tal caso, desnecessária a prévia manifestação do testador – o que, todavia, não impede, em tese, a deserdação, por idêntico motivo (Código Civil, art. 1.962, *caput*).⁴⁷² Convém que o legislador, advertido da lacuna, harmonize o capítulo correspondente com a norma do art. 1.845. É isso, aliás, o que pretendia fazer o Projeto de Lei nº 6.960, de cuja aprovação teria resultado a inserção do art. 1.963-A, com a expressa previsão das seguintes causas de deserdação do cônjuge (além daquelas que igualmente autorizam a exclusão por indignidade): prática de ato que importe grave violação dos deveres do casamento ou que determine a perda do poder familiar; recusar-se, injustificadamente, a dar alimentos ao outro cônjuge ou aos filhos comuns; desamparo do outro cônjuge ou descendente comum com deficiência mental ou grave enfermidade. O direito brasileiro deve orientar-se nesse sentido.

Na ação de deserdação, pode o autor invocar mais de um dentre os fundamentos legais, bastando, porém, para a procedência do pedido que se prove a ocorrência de um deles.⁴⁷³

Deserdação punitiva ou penal. No propósito de tornar inatacável o testamento, se o testador nele insere cláusula punindo com deserdação ou redução da reserva legal, o herdeiro que intente anulá-lo, deve considerar-se inválida tal disposição. A distinção se o procedimento do herdeiro é ou não correto, ou se o ataque ao testamento contravém disposição de ordem pública, parece-nos descabida. Certo é, sem dúvida, que o herdeiro não pode ser privado do exercício de uma faculdade lícita, sob ameaça de perder a herança. É, contudo, válida a cláusula cominatória ou cassatória, se o testador instituir a perda do que exceda da legítima: se pode ele deixar ou não os bens ao herdeiro, lícito será, igualmente, retirá-los *sub conditione* do respeito a sua vontade.⁴⁷⁴

Deserdação bem intencionada. No Direito alemão, as cláusulas restritivas à liberdade de disposição dos bens da herança (*vide* “Ônus e Gravames”, em o nº 465, *supra*) são consideradas uma *exheredatio bona mente*, porque privam o descendente de seus direitos parcialmente, mas no propósito de protegê-lo contra a sua prodigalidade, ou resguardá-lo se está sobrecarregado de dívidas.

Deserdação e indignidade. Aproximação e semelhança há entre a

deserdação e a exclusão por indignidade.

Uma e outra se fundam em causas comuns, e, de um ponto de vista ético, têm a finalidade de punir com a privação da herança o sucessor convencido de falta grave contra o morto.

Não se confundem, porém, etiologicamente, pois que a *deserdação*, própria da sucessão testamentária, é de iniciativa do falecido, e deve constar expressa e justificada no testamento. A *declaração de indignidade* é de iniciativa do interessado, e tanto pode alcançar a sucessão *ab intestato*, quanto a testamentária, salvo se a vítima perdoou o culpado.

Uma e outra, entretanto, requerem a prova cumprida do fato básico e a sentença judicial.⁴⁷⁵

Analogamente à indignidade, a deserdação comporta perdão, que pode ser *expresso*, se em ato autêntico; ou *tácito*, se em testamento posterior e revogatório do outro é omitida a cláusula de deserdação.⁴⁷⁶

Inextensibilidade da deserdação. Questão há muito controvertida, para a qual, todavia, o Código Civil de 2002 (em sua redação original) não deu solução expressa, consiste em saber se a deserdação possibilita o chamamento dos descendentes do deserdado, tal como se dá no caso de exclusão por indignidade (art. 1.816). Embora não contando com a unanimidade das opiniões civilistas, tem-se entendido que a deserdação não se estenderá aos descendentes do excluído. Para assim raciocinar, argumenta-se que o legislador, mesmo invocando as causas atinentes à indignidade, admite a sua invocação para fundamentar a deserdação: e é de princípio que a declaração de indignidade é personalíssima (nº 432, *supra*). O argumento é corroborado por este outro, de que a deserdação, como pena civil que é, não pode ultrapassar a pessoa do delinquente.⁴⁷⁷

O já tantas vezes mencionado Projeto de Lei nº 6.960, de 2002, procurava resolver definitivamente a dúvida, mediante o acréscimo de novo parágrafo ao art. 1.965, com a seguinte redação: “São pessoais os efeitos da deserdação: os descendentes do herdeiro deserdado sucedem, como se ele morto fosse antes da abertura da sucessão. Mas o deserdado não terá direito ao usufruto ou à administração dos bens que a seus sucessores couberem na herança, nem à sucessão eventual desses bens.” Seria conveniente a consagração, em texto expresso de lei, da solução há muito predominante na doutrina.

CAPÍTULO CXI

INEXEÇÃO DO TESTAMENTO

Sumário

476. Revogação do testamento. **477.** Caducidade das disposições testamentárias. **478.** Redução das liberalidades. **479.** Anulação do testamento. **479-A.** Prazo das ações de invalidade do testamento.

Bibliografia

Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 178; vol. III, nºs 1.186, 1.313, 1.343; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 78, 99, 100; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, nºs 665 e segs.; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. II, nº 661; Orlando Gomes, *Sucessões*, 15ª ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, nºs 68, 115, 189, 196; Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nºs 2.068 e segs. e 2.663 e segs.; Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nºs 924, 967 e 1.036; Alain Sériaux, *Les Successions. Les Libéralités*, 2ª ed., Presses Universitaires de France, 1993; Pierre Voirin e Gilles Goubeaux, *Droit Civil*, 25ª ed., LGDJ, 2008, t. 2; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. VIII, vol. II, nºs 1.179 e segs. e 1.500 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, §§ 94 e 101; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. I, §§ 21 e segs.; Ferreira Alves, *Manual do Código Civil Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. XIX, nºs 72, 212, 316; Colin *et* Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nºs 1.200 e segs.; Vittore

Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. IV, págs. 331 e segs.; Antonio Cicu, *El Testamento*, págs. 133 e segs. e págs. 201 e segs.; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., Borsoi, 1972, t. XLVI; Nelson Nery Júnior, *Vícios do Ato Jurídico e Reserva Mental*, RT, 1983, nºs 7.1.2 e 8.4.6; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, 4ª ed., Forense, 2004, vol. XXI; Zeno Veloso, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, 2003, vol. 21; Sebastião Luiz Amorim, *Código Civil Comentado*, Atlas, 2004, vol. XIX; Débora Gozzo e Sílvio de Salvo Venosa, *Comentários ao Código Civil Brasileiro*, 1ª ed., Forense, 2004, vol. XVI; Rolf Madaleno, “Testamentos inválidos e ineficazes: revogação, rompimento, caducidade, anulabilidade e nulidade”, in *Direito das Sucessões e o Novo Código Civil*, coord. Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka e Rodrigo da Cunha Pereira, Del Rey, 2004, págs. 251 e segs.; Giuseppe Azzariti, “*Della revocazione delle disposizione testamentarie*”, e Lina Bigliazzi Geri, “*La volontà nel testamento e l’interpretazione*”, in *Trattato di Diritto Privato* de Pietro Rescigno, 2ª ed., UTET, 2000, t. II, vol. 6; Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, 2ª ed., Giuffrè, 2002, t. I e II.

476. REVOGAÇÃO DO TESTAMENTO

No Capítulo anterior, cuidamos por menor dos aspectos da execução testamentária. No presente, temos em vista as hipóteses diversas em que não prevalecem, total ou parcialmente, as disposições *mortis causa*. As razões, de se tornarem ineficazes, variam. Podem consistir na emissão de vontade contrária à lei ou ao testador mesmo (revogação). Podem importar na ocorrência de motivação superveniente, em virtude da qual o instituído deixa de receber a herança, ou o legado fica sem objeto (caducidade). Pode tornar-se necessário conter a disposição dentro nos limites da liberdade de testar (redução). Ou, finalmente, poderá o testamento não prevalecer por defeito congênito (nulidade).

Todas as situações aqui referidas, quando se procede ao exame de suas consequências últimas, convergem em que o testamento não se executa (no todo ou em parte), e assim se justifica, por uma razão metodológica, o seu enfeixamento num só capítulo. O seu estudo, entretanto, atenderá à variedade

causal, que justifica o tratamento destacado.

É o que faremos, expondo neste parágrafo a revogação do testamento, e nos seguintes a matéria ligada à caducidade das disposições, sua redução e as nulidades.

Revogação testamentária. A vontade, que é apta a produzir efeitos *post mortem disponentis*, é igualmente hábil a cancelá-los, invalidando a emissão anterior. *Revogação do testamento é, então, o ato pelo qual se manifesta a vontade do testador, tornando-o ineficaz.*⁴⁷⁸ Reveste todas as características de um novo ato de vontade – *voluntas novissima* – subordinado, portanto, aos requisitos externos e internos de validade.⁴⁷⁹

Nos seus efeitos, equipara-se à nulidade, porque, revogada ou nula, a disposição se invalida. Diferem, contudo, em que a *nulidade* provém de vício que maculara o testamento na sua origem, posto que declarada judicialmente após a morte do disponente; e a *revogação* é obra do declarante mesmo, em manifestação dotada de plena validade.⁴⁸⁰ E, nestas condições, é ato unilateral, não receptício e solene, como aqui se desenvolverá.⁴⁸¹

O seu fundamento ético vai plantar-se no princípio da autonomia da vontade, o qual, no particular do testamento, é enunciado tão enfaticamente que lhe atribui a qualificação de “ambulatória”, isto é, condição psíquica que acompanha o testador por toda a sua vida, até o derradeiro instante: “*Ambulatoria est voluntas defuncti usque ad vitae supremum exitum*” (*Digesto*, Livro 34, Título IV, fr. 4). A todo tempo, conserva o testador o poder de destruir a disposição de sua vontade, obstando a que produza as consequências anteriormente queridas.

É uma faculdade irrenunciável, não prevalecendo, portanto, a cláusula (*cláusula derogatória*) pela qual o inventariado haja disposto que não revogaria aquele testamento.⁴⁸²

Quanto à sua extensão, a revogação será total ou parcial. *Total*, a que atinge o testamento na sua integridade, retirando-lhe eficácia inteira. *Parcial*, se o testador agrediu algumas cláusulas, deixando incólumes as demais. O Código Civil de 2002, repetindo o anterior, declara que “a revogação do testamento pode ser total ou parcial” (art. 1.970).

Quanto ao modo de proceder, a revogação se diz expressa, tácita ou

presumida.

1. *Revogação expressa ou direta.* É a que resulta de manifestação explícita do testador. Formalmente, há de constar de outro testamento (Código Civil, art. 1.969), não vigorando em nosso direito a alternativa de revestir qualquer ato autêntico, como se dá no Direito francês,⁴⁸³ ou no italiano,⁴⁸⁴ e era aceito em o nosso anterior ao Código de 1916.

Não é obrigatória a utilização de forma idêntica; um testamento público é revogável pelo cerrado ou pelo particular, e vice-versa.⁴⁸⁵

Mas o codicilo, como já esclarecemos (nº 464, *supra*), não pode revogar um testamento. Não é lícito, igualmente, confiar a um terceiro a realização do ato revogatório, que obviamente é personalíssimo.⁴⁸⁶

Necessariamente, revestindo de forma testamentária, procederá o declarante à facção de testamento novo, pelo qual declara revogado o antigo, na sua totalidade ou apenas nas disposições mencionadas. Neste último caso, respeitam-se e cumprem-se as subsistentes. Não há, porém, fórmula sacramental ou consagrada. Basta inserir em nova cédula declaração contrária à vigência do anterior, ou de algumas de suas cláusulas.

Para que um testamento gere efeito revogatório, é mister seja ele *válido*, no fundo e na forma. Não é sem razão que se considera a revogação voluntária ato solene.⁴⁸⁷ Assim, pois, se for anulado por inobservância de requisito extrínseco, ou por vício de capacidade do agente (art. 1.971, segunda parte), não produz os seus efeitos, e, portanto, não traz o condão de invalidar o antigo.⁴⁸⁸

Se incorrer apenas em caducidade (não em nulidade), o anterior não readquire vigência, porque a vontade revogatória subsiste intacta, como expressão pura do querer do morto.⁴⁸⁹ No particular, o Código Civil de 2002 repete (na primeira parte do art. 1.971) a regra do anterior (art. 1.748).

A regra tão bem se aplica à revogação expressa, como à tácita, adiante desenvolvida.

Quid iuris, entretanto, se for revogado o testamento revogador? Entende-se que não se restaura o testamento revogado, a não ser em face de declaração explícita.⁴⁹⁰ O testamento é uma fonte formal de direito (v. nº 9, *supra*, vol. I), e por analogia com a lei, podemos dizer que se não reconhece efeito

repristinatório automático à declaração testamentária. Tal qual a lei que revoga a lei revogadora, somente restaura a lei revogada quando contenha disposição neste sentido (v. nº 27, *supra*, vol. I), assim é de se considerar a revogação testamentária. Esta a doutrina igualmente vigente no Direito alemão,⁴⁹¹ subordinada, todavia, a uma distinção: se o testador se limita a declarar revogado o instrumento que tivera o efeito revocatório do primeiro, considerar-se-á este restabelecido. Mas se o terceiro testamento contém outras cláusulas, não se pode presumir o propósito repristinatório do primeiro, devendo o intérprete apurar até onde uns e outros são incompatíveis ou, ao revés, até que ponto se conciliam.

A retratação da revogação, posto que inequívoca, não poderá, todavia, revalidar o antigo, se a respectiva cédula tiver sido destruída ou inutilizada.⁴⁹²

2. *Revogação tácita ou indireta.* De dois modos pode ocorrer: por via de nova facção testamentária ou pela inutilização da cédula.

A) Quando o testador faz *novo testamento*, sem declarar que por ele revoga o antigo, considera-se este, não obstante, revogado, no todo ou em parte, quando as cláusulas de um e de outro se contrariem. Se o testador disse e se desdisse, ou se manifestou propósitos em briga recíproca, de tal modo que não possam ambas as declarações ser executadas, prevalece a mais recente, com força destruidora sobre a mais velha.

Ponto essencial, mais grave aqui do que no plano de revogação expressa, é então precisar a data de elaboração dos testamentos, para se determinar, no divórcio das disposições, qual a mais nova, e, portanto, a que prevalece sobre a outra: *posterior derogat priori*.

O segundo ponto a assentar, relevante ao máximo, é a contrariedade entre as duas cartas. Preside à revogação tácita o princípio da *incompatibilidade* das disposições que se contradigam. Um testamento não se considera revogado pelo só fato de ter sido redigido validamente um outro mais recente. Podem ambos coexistir, e serem ambos executados, desde que se não contradigam (Código Civil, art. 1.970, parágrafo único). Em havendo briga, o mais novo elimina o mais vetusto, respeitado, contudo, nas cláusulas que sejam entre si possíveis.⁴⁹³ A incompatibilidade aqui aludida não se requer material e absoluta, bastando a simplesmente moral ou intencional.⁴⁹⁴ É de se admitir a investigação da vontade por todos os meios de prova, se a incompatibilidade

não resultar ostensiva.⁴⁹⁵

Conciliáveis que sejam as disposições do último com as do anterior, o juiz deve dar-lhes cumprimento, respeitando a vontade do disponente.⁴⁹⁶ O problema crucial, neste passo, é o da interpretação da vontade testamentária.⁴⁹⁷ Se a mesma pessoa é instituída herdeira ou legatária em mais de um testamento, é necessário esforço de interpretação para apurar se prevalece a declaração do último apenas, ou se deve receber as liberalidades acumuladas.⁴⁹⁸

A questão se reduz, exclusivamente, à interpretação da vontade (nº 466) se a divergência ou incompatibilidade ocorrer entre cláusulas do mesmo testamento.

B) Considera-se igualmente revogado o testamento quando se encontra rasgado, riscado ou cancelado. À espécie aplica-se o qualificativo adotado por Vitali e por Carlos Maximiliano, de “revogação real ou material”. Aqui, o que se terá também em vista é o *animus* do testador. Ao tratarmos do testamento cerrado (nº 459, *supra*), já precisamos que a ruptura da cédula presume a intenção revogatória (Código Civil, art. 1.972), e ao assunto nos reportamos agora, para acrescentar que tal presunção, não sendo absoluta, poder-se-á dar como subsistente o instrumento em se demonstrando que o rompimento foi acidental ou perpetrado por outrem, cabendo ao sucessor instituído o *onus probandi* (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, comentário ao art. 1.972). Também o testamento particular poderá considerar-se invalidado pela dilaceração da cédula.⁴⁹⁹

Encontrada esta carta testamentária com cláusula riscada ou cancelada, dever-se-á ter como revogação parcial, se for atingida parte não substancial, pois é claro que, alcançada parte essencial, é todo o testamento que se invalida. Determinar se a extensão do propósito revogatório foi inutilizar todo o testamento ou tornar ineficaz uma disposição isolada, é matéria de fato que compete ao juiz apreciar em face das circunstâncias.⁵⁰⁰

Encontrada a carta testamentária, rasgada, mas não totalmente destruída, em poder do testador, é de se presumir que ele manifestou por esta via o propósito de invalidá-la, mas o mesmo se não deverá inferir, se se achar neste estado, sob custódia de outrem.⁵⁰¹

Não vale, entretanto, revogação, a *ordem de revogação* dada pelo testador, se não tiver sido cumprida, e a cédula for encontrada intacta na abertura da sucessão.⁵⁰²

Em nenhum caso se restaura o testamento, se, depois de sua dilaceração, estiverem colados os fragmentos ou remendados, ainda que por obra do seu autor.⁵⁰³

Esta forma revogatória se não aplica ao testamento público, que vale pelo contexto no livro notarial, não tendo tal efeito a dilaceração do traslado ou a eliminação de qualquer parte sua.

C) Equipara-se à revogação *tácita* a alienação da coisa legada, pelo testador, voluntariamente.⁵⁰⁴ Será, porém, *parcial*, se outras disposições houver, afora a referente à coisa alienada. O Código Civil declara *ineficaz* “o legado de coisa certa que não pertença ao testador no momento da abertura da sucessão” (art. 1.912).

3. *Rompimento (revogação presumida ou legal)*. O Código Civil de 2002, diferentemente do anterior, trata em capítulo separado a hipótese de *rompimento*.

Origina-se do mandamento da lei, na ocorrência de fato que seja de molde a sugerir que a sua verificação anterior à facção testamentária obstará à testificação.

A) Em primeiro lugar, cogita-se da superveniência de descendente sucessível ao testador, que o não tinha, ou não o conhecia quando testou. É o caso de lhe nascer um filho ou de promover uma adoção.⁵⁰⁵ Rompe-se, nessas hipóteses, o testamento anterior, na crença de que o inventariado não disporia de seus bens, se tivesse ou conhecesse sucessor de sua descendência.⁵⁰⁶ Assim já era em Direito Romano.

Esta causa é, por alguns, tratada como *caducidade* e não como revogação.⁵⁰⁷

O reconhecimento ulterior de filho natural está neste caso, ainda que o nascimento preexistisse à feitura da cédula, pois que é o reconhecimento que lhe atribui *status*, como ato declaratório que é, equivalendo, portanto, à superveniência de descendente.

A mesma força deve atribuir-se à sentença proferida em ação de

investigação de paternidade, equiparável em seus efeitos ao reconhecimento espontâneo (nº 413, *infra*, vol. V). A este argumento é de acrescentar que a consequência sucessória da sentença encontrar-se-ia frustrada, se valesse a disposição testamentária que a aniquilasse.

B) Rompe-se, de igual, o testamento feito na ignorância de existirem outros herdeiros necessários. Tal se dá com o surgimento de um filho ou outro herdeiro necessário (ascendente ou cônjuge) que o disponente acreditasse já falecido. Ou o nascimento de filho ainda que póstumo.

Em qualquer desses casos, a revogação presumida pressupõe: *a)* que o descendente sucessível ou o herdeiro necessário sobrevenha ou se torne conhecido depois de feito o testamento; *b)* ou que o ato (adoção, reconhecimento voluntário, sentença) se passe depois do testamento efetuado; *c)* e que os ditos herdeiros sobrevivam ao testador, pois, se já forem mortos ao tempo da abertura da sucessão, é como se nunca tivessem existido. Admite-se, porém, o rompimento se o herdeiro superveniente ou ignorado, embora faleça antes do testador, deixe, contudo, descendente que possa representá-lo (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, comentário ao art. 1.973)

Salientando-se o caráter de revogação presumida, que a maioria dos autores lhe atribuem, é de salientar que se não rompe o testamento se o seu autor dispuser apenas da sua metade, deixando de contemplar herdeiros necessários e conhecidos, ou manifestando o propósito de excluí-los dessa parte (Código Civil, art. 1.975). Se o testador acautelar os direitos de herdeiros que possam sobreviver às suas disposições, prevalecerão elas.⁵⁰⁸

Efeitos da revogação. Revogado o testamento apenas parcialmente, subsistirá ainda a sucessão testamentária quanto ao remanescente; mas se revogação for total, terá lugar a convocação dos herdeiros legais, procedendo-se segundo as regras que presidem à sucessão legítima.⁵⁰⁹

Sobre o reconhecimento de paternidade:

1. Sendo público o testamento, prevalece o ato como reconhecimento.
2. Sendo cerrado o testamento e rompido o fecho ou dilacerada a cédula, prevalece como declaração paterna de reconhecimento.

477. CADUCIDADE DAS DISPOSIÇÕES TESTAMENTÁRIAS

A anulação do testamento implica em que não prevaleçam as suas disposições, e *ipso facto* se não cumpram (nº 479, *infra*). A sua revogação gera consequência idêntica, com a ressalva apenas quanto à sua extensão. Ao tratarmos agora da *caducidade*, temos em vista o não prevalecimento da disposição, posto que válido o testamento. E dá-se na ocorrência de obstáculo inexistente no momento da testificação, porém surgido ulteriormente, mas de molde a não valer a disposição se já o fosse naquela época.⁵¹⁰

A matéria, a bem dizer, dispensaria referência especial neste parágrafo, tendo em vista já ter sido objeto de explanação anteriormente. O amor à sistemática leva-nos, contudo, a discorrer sobre ela, com risco embora de nos repetirmos. Por isso mesmo, fá-lo-emos sucintamente.

Assim é que a disposição testamentária incide em caducidade.

1. Se o herdeiro é excluído da sucessão por *indignidade*, pois não se deve admitir que se beneficie da liberalidade aquele que incorreu, em tais faltas, contra o falecido, que o levaram à privação do direito sucessório. Não incorre nesta cominação, se o testador o tiver perdoado, como tudo o que foi explanado ao discorrermos da exclusão do herdeiro indigno (nº 432, *supra*).

2. Se o herdeiro ou legatário repudiar a herança ou o legado.

3. Se for imposta condição suspensiva pelo testador, e *ocorrer* o seu não implemento, como *e. g.*, se deixa a sua biblioteca sob condição de o legatário formar-se em Direito, e ele se graduar em Medicina.

4. Se o instituído pré-morre ao testador. A disposição, não obstante válida, é vazia de consequência. O mesmo dar-se-á se morrerem simultaneamente (*comoriência*, nº 430, *supra*) assunto sobre o qual, aliás, já nos estendemos antes (nº 45, vol. I). Igual efeito, se o nomeado falece antes do implemento de condição, da qual dependia a herança ou o legado. Ressalva-se, contudo, a eficácia da disposição nos casos e nos limites em que tenha havido a nomeação de *substituto* (nº 471, *supra*) ou ocorra *direito de acrescer* (nº 474, *supra*).

5. Se ocorre modificação substancial ou perecimento da coisa legada, por caso fortuito. Se for destruída por culpa do herdeiro, tem direito o legatário às perdas e danos. Mas, se por fato do próprio legatário, nenhum direito lhe assiste, pois, como observa Vitali, não se pode reclamar do dono, devido à própria culpa: *Quod quis ex sua culpa damnum non sentit non intelligitur*

damnum sentire.⁵¹¹

6. Se se tratar de testamento especial (marítimo, aeronáutico ou militar), e o testador não morrer na viagem ou em campanha, e não promover as medidas de convalescimento, mencionadas no lugar próprio (n^{os} 461 e 462, *supra*).

Efeitos. A caducidade das disposições, abrangendo todos os herdeiros e legatários, transforma a sucessão de testamentária em legítima; caso contrário, ou na hipótese de haver substitutos para os instituídos, subsiste a testamentária,⁵¹² o que também ocorrerá em se verificando o direito de acrescer em favor de sucessor(es) conjuntamente nomeado(s).

478. REDUÇÃO DAS LIBERALIDADES

Ao tratarmos da matéria relativa aos herdeiros necessários, lembramos que a sua existência veda ao testador dispor da totalidade de seus bens. Restringe-se a sua liberdade à metade de seu patrimônio (n^o 453, *supra*). Esta limitação alcança ainda as doações, porque, se prevalecessem, os direitos dos herdeiros necessários seriam respeitados em aparência no testamento, mas, em verdade, fraudados pelas liberalidades praticadas em vida, pelo defunto.⁵¹³

Aberta que seja a sucessão, e ordenado o cumprimento da última vontade, dever-se-ão balancear as liberalidades, *inter vivos* e *causa mortis*, em confronto com o valor da herança, para apurar se foi ultrapassada a metade disponível ou, noutros termos, se foram atingidas as legítimas dos herdeiros necessários.

A redução poderá efetuar-se no processo de inventário, corrigindo na partilha a desigualdade das legítimas, quando o atentado à *par conditio* ressaltar óbvia, não constituindo, portanto, questão de alta indagação.⁵¹⁴

Ou será levada a efeito em ação intentada contra o favorecido (uma *actio in rem scripta*, dizia-se), e de iniciativa do herdeiro necessário, ou do subrogado nos seus direitos por cessão, por aquisição ou por sucessão.⁵¹⁵ Cumpre ressaltar, todavia, que falta qualidade para agir, ao que deixa de aceitar a herança.⁵¹⁶

Podem promovê-la, igualmente, os credores do herdeiro lesado, mas não é reconhecida tal prerrogativa aos credores do falecido.⁵¹⁷

Não se pode olvidar que, no caso das liberalidades testamentárias, o pressuposto é a validade do testamento, pois como diz Vitali, se este se anula, não há de se falar em redução, porque as liberalidades caem.⁵¹⁸

Cumpra observar que as liberalidades excessivas, não sendo nulas *pleno iure*, porém anuláveis, somente se reduzirão quando atacadas pelos interessados, aos quais é, entretanto, livre deixar que produzam todos os seus efeitos.⁵¹⁹

Sendo de interesse individual, a ação de redução poderá ser proposta por um, alguns ou todos os herdeiros prejudicados, e a sentença produzirá efeitos tão somente em relação aos que a integrarem.⁵²⁰ Não aproveita aos demais, como não prejudica, nem aproveita a transação ou a renúncia, senão aos que as tenham formalizado: *res inter alios acta vel iudicata, aliis nec nocet nec prodest*. Quer isto dizer que, se a ação for intentada por alguns dos herdeiros, e não por todos, as liberalidades do defunto serão reduzidas na proporção dos que se insurgiram contra o excesso, presumindo-se que os demais quiseram respeitar as doações e o testamento do finado.⁵²¹ Inválida será, contudo, a renúncia à ação de redução, quando realizada antes da morte do disponente, por envolver pacto sobre sucessão futura.⁵²²

Transmissível que é, a ação de redução poderá ser proposta igualmente pelos sucessores do herdeiro necessário.⁵²³

Verificado o excesso, a disposição não prevalecerá, tal como determinada. Não se considera, entretanto, atingida a validade intrínseca da declaração de vontade. A ineficácia vai alcançar apenas a parte inoficiosa, ou seja, a diferença entre as liberalidades e as quotas reservatórias dos herdeiros.

Por igual, a partilha em vida, efetuada por escritura pública, ou por testamento, é suscetível de ataque por inoficiosidade, quando beneficiado em demasia algum herdeiro, em prejuízo de outro.⁵²⁴

O objetivo final será, portanto, reduzir as liberalidades, de modo a fazê-las conter nos limites da liberdade de dispor.

Cálculo da meação disponível. Tendo em vista que a redução das liberalidades está em função da metade disponível do testador, é bem que se fixe um critério para o respectivo cálculo. Deduzem-se do *monte-mor* as dívidas do falecido; o *monte partível* é dividido em duas partes – a *meação do*

cônjuge sobrevivente e a meação do finado. Esta última é subdividida em duas partes: uma é a metade reservada aos herdeiros necessários, e a outra a quota disponível. Em não havendo cônjuge supérstite, por ser o *de cuius* solteiro, viúvo, separado judicialmente ou divorciado, ou sendo o matrimônio em regime de separação de bens, simplifica-se a operação, dividindo-se o monte partível em dois, e qualificando desde logo a metade dos herdeiros e a outra disponível.⁵²⁵

Não havendo, contudo, razões para tratar preferencialmente os favorecidos com fundamento na sua mais íntima proximidade com o disponente, observam-se os critérios legais, que orientam a ordem das reduções (Código Civil, arts. 1.966 a 1.968):

A) Quando o testador só em parte dispuser de sua metade disponível, o remanescente pertencerá aos herdeiros legítimos.

B) Ultrapassando a sua meação disponível, as disposições serão reduzidas proporcionalmente, até onde baste; e, não bastando, também os legados na proporção dos seus valores.

C) Observar-se-á a vontade do testador, se ordenar este que se inteirem, de preferência, certos herdeiros e legatários, mediante redução em outros quinhões ou legados.

D) Quando o legado consistir em prédio, e o legatário for ao mesmo tempo herdeiro necessário, poderá inteirar a sua legítima no mesmo imóvel, de preferência aos outros, sempre que ela e a parte subsistente do legado lhe absorverem o valor.

E) Se for possível a divisão do imóvel, a redução dos legados far-se-á dividindo-o proporcionalmente.

F) Se o objeto do legado for prédio indivisível, e o excesso do legado montar a mais de um quarto do seu valor, o legatário deixará inteiro na herança o imóvel legado, ficando com o direito de pedir aos herdeiros o valor que couber na metade disponível. Se o excesso não for de mais de um quarto, o legatário ficará com o prédio, tornando aos herdeiros, em dinheiro, a diferença.

Oportunidade da ação. Questão não menos importante, pela aplicação prática e implicações doutrinárias, é a da *oportunidade da ação de redução*. É óbvio que a desigualdade das legítimas, quando oriunda de testamento,

somente poderá ser atacada *post mortem testatoris*, pois que em vida suas disposições de última vontade nenhum efeito produzem. É, mesmo, de crescer, que toda disparidade poderá ser corrigida em outra carta testamentária, que restabeleça a *par conditio* dos herdeiros. Falta, pois, *interesse de agir* (Novo Código de Processo Civil, art. 17) para intentá-la em vida do testador. E vai-se mais longe, negando a quem quer que seja a faculdade de tomar medidas conservatórias.⁵²⁶

Mas se houve liberalidades imodestas por atos *inter vivos*, aquinhoando destarte um donatário *ultra vires* da meação disponível, surge a indagação se é lícito, aos herdeiros prejudicados, contra elas se insurgirem desde logo, ou se hão de aguardar a abertura da sucessão. Embora *vexata quaestio*, cabe resolvê-la. Contrário à ação em vida é o argumento de advir da herança o direito do reclamante, e ser contra os princípios litigar em torno de herança de pessoa viva – *nulla viventis hereditas*.⁵²⁷ Sustenta-se, adversamente, com o argumento da lei, uma vez que o art. 549 do Código Civil de 2002, ao instituir a ação de atacar as doações inoficiosas, declara-as nulas desde logo. Daí entenderem civilistas de prol que não há mister aguardar a morte do doador para atacar a liberalidade imoderada.⁵²⁸

Doações inoficiosas. As doações que beneficiam os descendentes estão sujeitas à *colação de seus valores*, para o fim de se obter o nivelamento das legítimas, salvo se o testamento dispensar os donatários de trazê-las (nº 488, *infra*). De acordo com o novo Código de Processo Civil (de 2015), os bens doados “calcular-se-ão pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão” (art. 639, parágrafo único). Tal dispositivo revoga, pois, o art. 2004, *caput*, e seu § 1º do Código Civil de 2002, incompatíveis com aquele.⁵²⁹

Não há, porém, confundir a *colação com a redução das liberalidades*.⁵³⁰ A *colação* é mera conferência de valores como antecipação de legítima, para o fim de serem igualados os quinhões, completando-se as quotas hereditárias dos que tenham sido prejudicados pelas doações do defunto (v. nº 488, *infra*). Diversamente a *redução* traduz, como visto acima, a anulação do excedente, podendo alcançar em parte apenas a liberalidade, ou fulminá-la totalmente: À distinção entre uma e outra (redução das liberalidades e colação), retornaremos por menor em o nº 488, *infra*.

Imputação das liberalidades. Sendo as doações aos descendentes um

adiantamento, imputam-se na meação legítima, salvo se o testador dispuser em contrário; as que beneficiam estranhos (ou quando o testador o determinar) serão imputadas na metade disponível (Código Civil, art. 2.005 e parágrafo único).⁵³¹ E, no que houver excesso, sofrerão a redução proporcional.

A obrigação de colacionar as liberalidades não se estende ao seguro de vida, que é estipulação em favor do beneficiado; mas os prêmios pagos ao segurador, quando excessivos, podem ser conferidos.⁵³²

De acordo com o sistema do Código Civil de 2002, a colação consiste em conferir o valor recebido (arts. 2.002 e 2.004), cumprindo ao donatário devolver ao monte não a própria coisa (colação em substância), como se inferia do art. 1.792 do Código de 1916, mas sim o valor “que lhes atribuir o ato de liberalidade”.⁵³³ Por óbvio, havendo a depreciação daquele valor, em virtude de inflação superveniente, deve proceder-se à sua correção monetária.⁵³⁴

O novo Código de Processo Civil (de 2015), porém, adota solução diversa, ao dispor que o herdeiro obrigado à colação conferirá “os bens que recebeu ou, se já não os possuir, trar-lhes-á o valor” (art. 639, *caput*). Veja-se, sobre a questão, o nº 488, *infra*.

Redução dos valores doados. Apurado que as doações excederam a meação disponível, far-se-á a sua redução, começando pelas mais recentes, no pressuposto de que as anteriores caberiam na meação disponível. O Código Civil de 2002 (art. 2.007, § 4º), a propósito, consagrou expressamente a solução que já era indicada na doutrina,⁵³⁵ inclusive em edições anteriores destas *Instituições*. Sendo da mesma data todas as doações, reduzem-se proporcionalmente.

Havendo doações e legados, reduzem-se estes em primeiro lugar, porque são obviamente mais recentes, como liberalidades cujos efeitos datam da abertura da sucessão, em confronto com as primeiras, que, sendo atos entre vivos, geram-nos desde logo, ainda que os respectivos instrumentos sejam de data posterior à do testamento. As doações serão passíveis de redução, se o cancelamento dos legados não bastar para que elas se comportem na metade disponível do inventariado. Devendo-se passar às doações, observar-se-á ordem inversa de sua seriação, isto é, começa-se pela mais recente e

sucessivamente vão-se atingindo as mais remotas.⁵³⁶

Em nenhuma hipótese, a redução alcança os frutos e as benfeitorias, que pertencem ao beneficiado, como possuidor de boa-fé, até a citação para a ação respectiva.⁵³⁷

479. ANULAÇÃO DO TESTAMENTO

Na Antiguidade, deu-se ao testamento a maior importância, e em Roma chegou a considerar-se o ato mais grave da vida do cidadão (nº 452, *supra*).

Atendendo embora a motivação diversa, não é menor o respeito que lhe consagra o direito moderno. Por isso mesmo, a ordem jurídica o quer imune de falhas e defeitos, intrínseca e extrinsecamente, que o atinjam na substância ou na forma.

A contrariedade a este postulado induz a anulação do testamento, em cuja exposição consideramos destacadamente as várias causas.

Não deixamos de considerar, igualmente, que a ineficácia pode ser *total* ou *parcial*. Com efeito, não se presumindo a interdependência necessária das disposições, a nulidade de uma cláusula não induz a de todo o ato, que deve, ao revés, ser aproveitado e cumprido, salvo se a conexão for tão íntima que uma disposição não possa prevalecer sem a outra.⁵³⁸ O Código Civil de 2002, em dispositivo que não encontra corresponde preciso no diploma revogado, dispõe: “A ineficácia de uma disposição testamentária importa a das outras que, sem aquela, não teriam sido determinadas pelo testador.”

I. *Inobservância de forma*. Sendo o testamento ato formal por excelência, a lei não lhe reconhece validade se vier a contrapelo da tipificação preordenada (Código Civil, arts. 1.862 e 1.887). Demais disso, para cada uma das modalidades, quer ordinárias, quer especiais, prescreve os requisitos respectivos, que hão de ser rigorosamente observados, pena de se invalidar a disposição. Ressalva-se a execução voluntária pelos herdeiros, como explicado acima (nº 454).

II. *Testamentos proibidos*. No propósito de resguardar a autonomia plena da vontade, de assegurar a liberdade mais ampla do testador, e de proteger o caráter ambulatorio da disposição de última vontade, é proibido o testamento conjuntivo em todas as suas modalidades (simultâneo, recíproco e

correspectivo), a que não há mister retornarmos (v. n^{os} 452, 454, 457). Por dever de fidelidade à boa metodologia, acrescentamos apenas que a consequência de se infringir a norma proibitiva é a nulidade do ato (Código Civil, art. 166, n^o VII, segunda parte).

Não induz nulidade a similitude das declarações em cédulas distintas, ainda que da mesma data, porque a revogabilidade do testamento deixa quaisquer dos testadores livres de, a todo tempo, revogar o seu, desvinculado do outro. Assim decidiu o Supremo Tribunal Federal, em acórdão de 31 de maio de 1994, no qual se declarou a validade dos testamentos públicos feitos, em instrumentos distintos e sucessivos, por marido e mulher, no mesmo dia, no mesmo cartório e perante as mesmas testemunhas e tabelião, por meio dos quais o primeiro foi instituído herdeiro da segunda na metade disponível, e vice-versa (RE n^o 93.603-GO, *in Revista de Direito Renovar* 2/105). A jurisprudência registra precedente de mais de meio século, no mesmo sentido, relatado por ninguém menos que Orosimbo Nonato (RE n^o 16.045, julgado em 22 de setembro de 1950).

III. *Incapacidade ao disponente*. Negócio jurídico unilateral (n^o 454, *supra*), o testamento sujeita-se ao requisito subjetivo da capacidade do agente, matéria já devidamente tratada acima (n^o 455, *supra*). Verificada a facção testamentária pelo carente de habilitação legal, não pode prevalecer. Se a regra romana já considerava a falta de capacidade como o maior dos defeitos – *nullus maior defectus quam defectus potestatis* –, em matéria de testificação a exigência sobe de ponto. E a contrariedade ao exigido gera a nulidade do ato, ineficaz quando emanado do portador daquelas incapacidades.

IV. *Disposições nulas*. Cuidando não mais da validade do testamento como ato em si, mas das disposições especificamente consideradas, a lei considera nula a disposição:

a) que institua herdeiro, ou legatário, sob a *condição captatória* de que este disponha, também por testamento, em benefício do testador ou de terceiro (Código Civil, art. 1.900, n^o I). O fundamento é a integridade psíquica da disposição, que seria contrariada, e atingida a liberdade do testador, se viesse a declaração de vontade vinculada ou condicionada a uma outra disposição (*captatoriae scripturae neque in haereditatibus neque in legatis valent*);

b) que se refira a *pessoa incerta*, cuja identidade se não possa averiguar

(Código Civil, art. 1.900, nº II). O instituído há que ser conhecido e indigitado, ou fornecidos os meios que permitam determiná-lo. Em faltando a sua individuação, a cláusula é insuscetível de executada, anulando-se. Seria preferível substituir a expressão “pessoa incerta” por esta outra “pessoa indeterminada”, que melhor traduz a ideia da falta de identificação do instituído;⁵³⁹

c) que seja cometida a *identificação do instituído a um terceiro* (Código Civil, art. 1.900, nº III). É válido utilizar a informação alheia como critério adminicular, ou meio de apurar quem seria o portador de uma qualidade mencionada na cláusula (é o caso de deixar o testador um legado à “sua afilhada”, filha de determinado casal: não se trata de pessoa incerta, porém sujeita a identificar-se qual a “afilhada” naquelas condições). Válida ainda a disposição, que se não traduz como incerteza subjetiva, quando a escolha do beneficiado é deixada a um terceiro, dentre duas ou mais pessoas mencionadas, ou pertencentes a uma família conhecida, ou a um certo corpo coletivo, ou a um estabelecimento designado (Código Civil, art. 1.901, nº I);

d) que deixe ao arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o *valor legado* (Código Civil, art. 1.900, nº IV). Este deve ser determinado. A sua potestatividade é contrária às normas. Tolera-se, contudo, deixar ao herdeiro a liberdade de opção dentre coisas certas, nomeadas na cédula. Admite-se também, na deixa remuneratória de serviços prestados ao testador, por ocasião da moléstia de que faleceu, ainda que fique ao arbítrio do herdeiro, ou de outrem, fixar o valor do legado (art. 1.901, nº II);

e) que favoreça as pessoas a que a lei recusa *legitimação para suceder por testamento* (arts. 1.801 e 1.802).

V. *Erro na designação, dolo e violência*. Em princípio, o erro na designação da pessoa do herdeiro ou do legatário, ou na da coisa legada, anula a disposição. Mas somente o erro substancial, não o acidental (v., sobre esta distinção, o nº 89, *supra*, vol. I). Cumpre, todavia, levar em consideração as circunstâncias peculiares à facção testamentária. Assim que (e o exemplo é de Ferreira Alves), se é certo que o erro do nome não vicia a instituição, não valerá esta se entre as pessoas do mesmo nome e sobrenome houver igualdade de circunstâncias que impeçam distinguir a qual delas o testador quis referir-se.⁵⁴⁰

É, entretanto, válida, se do contexto do testamento, ou por outros meios (documentos do testador, ou fatos inequívocos), for possível indigitar a pessoa ou a coisa, a que ele quis referir-se.

Mais complexo e de mais difícil solução é o problema relativo ao erro em torno das circunstâncias que envolveram a declaração da vontade testamentária. É de se considerar errônea quando efetivamente se prove que o disponente foi a ela conduzido na convicção de que se produziria certo resultado e este não é a consequência daquela situação prevista.⁵⁴¹

Embora de pouca probabilidade, ou mesmo de quase nenhuma possibilidade, não se deve omitir que o erro a respeito do ato praticado, como se o testador estivesse na convicção de estar praticando um ato diferente de uma disposição de última vontade (*erro obstativo*), anula obviamente o testamento.

Igualmente, o *dolo* e a *coação*, cuja teoria (n^{os} 90 e 91, vol. I) aqui invocamos, tornam a disposição anulável. Assumem, no direito sucessório, características de captação, especialmente condenada, como o artifício, a manobra, a cavilação, ou a intimidação. Trata-se de conduta a ser ponderada cautelosamente, requerendo do juiz argúcia e, sobretudo, sensibilidade, para distinguir até onde o procedimento é válido, e quando passa às raias da ilegitimidade. As atenções, os carinhos, a presença constante do interessado não induzem dolo no comportamento, senão quando impliquem insinuação hábil a penetrar espuriamente no psiquismo do testador, e levá-lo a favorecer o interessado, embora sob a aparência de disposição querida pelo declarante.⁵⁴²

O Código de 2002 inseriu no Capítulo atinente às “Disposições Testamentárias” dispositivo (art. 1.909) que não encontra correspondente exato no Código revogado: “São anuláveis as disposições testamentárias inquinadas de erro, dolo ou coação.” Duas críticas impõem-se, todavia: em primeiro lugar, a regra poderia ser perfeitamente extraída da Parte Geral,⁵⁴³ pois a disciplina do “negócio jurídico” (Título I do Livro III) forçosamente abrange a de qualquer de suas espécies, inclusive o testamento, que naturalmente se submete ao art. 171, nº II, e, em princípio,⁵⁴⁴ às demais normas sobre vícios da vontade (arts. 138 a 155); em segundo lugar, a se tolerar a inclusão do art. 1.909, certamente deveria ele *preceder* ao art. 1.903,

que, em relação ao primeiro, constitui regra *especial*.

Outros vícios. Conquanto o art. 1.909 do Código Civil apenas preveja a anulação do testamento fundada em erro, dolo ou coação, é possível cogitar de outros vícios que o maculem, no todo ou em parte. Observadas as diferenças entre os negócios *inter vivos* e os de última vontade, são aplicáveis a estes, em princípio, as regras da Parte Geral.

Já na vigência do Código anterior, a doutrina, embora salientando o caráter excepcional da hipótese, admitia a possibilidade de testamento impugnável por *fraude contra credores*.⁵⁴⁵ Assim, de acordo com o exemplo de Pontes de Miranda, seria anulável a cláusula mediante a qual o testador reconhecesse dívida fictícia, reduzindo-se, com isso, à insolvência.

De igual modo, pode haver *simulação* em testamentos, não apenas nas hipóteses do art. 1.802, mas também nas de “declaração, confissão, condição ou cláusula não verdadeira” (v.g., “se o testador lega quitação de dívida, que não existia, ou se reconhece ser devedor sem o ser, ou declara ter vendido o que não vendeu”).⁵⁴⁶ Da mesma forma, a simulação, no testamento particular, pode dizer respeito à data.⁵⁴⁷ No sistema em vigor, a simulação acarreta a *nulidade* do negócio, ou de parte dele (art. 167).

No tocante à *reserva mental*, a matéria, aqui como alhures, é controvertida, havendo quem proclame sua irrelevância e a consequente subsistência do testamento.⁵⁴⁸ Deve-se admitir, todavia, sua relevância, em matéria testamentária, prevalecendo a vontade efetiva (*de não testar*) sobre a declaração aparente.⁵⁴⁹ Não incide nesse terreno a regra do art. 110 do Código Civil de 2002, aplicável unicamente aos negócios jurídicos *receptícios*. Ao ver do atualizador deste volume, a hipótese se enquadra no conceito de testamento *inexistente*,⁵⁵⁰ e não simplesmente nulo, podendo o interessado valer-se de qualquer meio probatório, inclusive de testemunhas.⁵⁵¹

Efeitos. Anulado o testamento, deixarão de prevalecer as disposições de última vontade, subordinando-se a transmissão às normas que presidem à sucessão legítima.⁵⁵² Se a ineficácia restringir-se a determinada disposição, subsistirá a sucessão testamentária quanto ao restante. Em qualquer caso, a anulação terá a consequência de invalidar a disposição, mas nunca a de criar ou suscitar aquela que se supõe teria sido realizada se não tivesse existido a

causa anulatória.⁵⁵³

Legitimação para a ação. As nulidades por defeito de forma, por incapacidade do agente ou por impossibilidade de objeto, consideradas *absolutas*, podem ser pedidas por qualquer interessado ou pelo Ministério Público, ou ainda decretadas pelo juiz. A jurisprudência francesa, entretanto, admite a confirmação do testamento nulo por vício de forma, quando feita após a abertura da sucessão, pelo herdeiro que, tendo conhecimento do defeito, revele a intenção de repará-lo. Considera-se, neste caso, a situação equiparável a uma obrigação natural (nº 129, vol. II), e nesta condição ela é cumprida espontaneamente pelo herdeiro. Dadas as características pessoais deste cumprimento voluntário, não pode ser oposto aos coerdeiros.⁵⁵⁴

As demais nulidades, por serem *relativas*, somente se pronunciam por demanda dos interessados, e aproveitam apenas aos que a pleitearem.⁵⁵⁵ Assim é que, se a anulação do testamento beneficia diversas pessoas, qualquer delas poderá intentá-la. Mas se ao revés, o fundamento da nulidade diz respeito a uma só, a ninguém mais assiste o direito de postulá-la. Também se não considera transmissível *causa mortis* e menos ainda entre vivos, a faculdade legal de anular, salvo se o herdeiro de quem a tinha puder exercê-la por direito próprio, pelo fato da validade ou invalidade do testamento refletir-se diretamente no seu patrimônio.⁵⁵⁶

O *representante do incapaz* considera-se apto a pleitear a nulidade no interesse do representado, dentro dos seus poderes regulares, e sem que a situação emergente tenha caráter excepcional.

Para a ação *anulatória*, basta citar o testamenteiro, que é legalmente credenciado para a defesa (Código Civil, art. 1.981).

Não há mister chamar a juízo os herdeiros e legatários, salvo se o inventário já tiver sido encerrado com a homologação da partilha.⁵⁵⁷ Mas não existe inconveniente legal em que sejam todos citados para a ação.

Responsabilidade notarial. Anulado o testamento, indaga-se se é atribuível à responsabilidade do tabelião.

Claro é que tal questionamento somente tem cabida nos casos em que se dá a sua intervenção oficial e necessária, ou seja, na feitura do testamento público, e na aprovação do cerrado.

E, ainda aí, cumpre apurar a *causa annullationis*, a saber, se se deveu a vício intrínseco, ou à inobservância das exigências formais. Pois é óbvio que, se se invalida o testamento por incapacidade do agente, está afastada em princípio a responsabilidade do notário. Não pode responder pela declaração de se encontrar o disponente em seu perfeito juízo, não só por não ser um técnico, como ainda pela razão especial de se não inscrever tal declaração como requisito do ato (v. nº 458, *supra*).

Decretada, porém, a sua ineficácia porque o tabelião adotou ou permitiu se adotasse uma forma proibida; ou por ter deixado na lavratura do testamento público, ou no auto de aprovação do cerrado, de atender às imposições legais, planta-se a indagação se deve ser chamado a responder civilmente, pelo herdeiro ou legatário que sofreu a perda da herança ou do legado, em consequência do *iudicium annullationis*.

A matéria tem sido ventilada em doutrina e debatida em jurisprudência, abrindo-se campo a opiniões contraditórias. Ora se diz que o notário será sempre responsável pela validade instrumental dos atos que pratica *ex officio*. Ora se afirma que tal princípio deve especificamente vigorar em matéria de testificação, em face da irreparabilidade absoluta do dano. Ora se deduz o dever de ressarcimento se se vem a apurar da parte do oficial uma “supina negligência”. Ora se invocam os princípios de direito comum, sob fundamento de que o tabelião, como qualquer pessoa, responde se procede culposamente — *unuscuque sua culpa nocet*. Ora se procura definir a responsabilidade em termos funcionais, definindo-a como consectário da regra que institui a perfeita exação no cumprimento do dever.

Não é, pois, fácil optar por um caminho, frente a tão variada gama de soluções propostas.

Reduzida, como deve ser, a responsabilidade ao que condiz com a participação direta e funcional do notário, já se vislumbram duas ordens de fatos, que podem conduzir à anulação do testamento: positivos e negativos. Falta o oficial ao seu dever específico, se desatende às exigências impostas ao ato, como seja a lavratura deste com a observância das normas; ou a do auto de aprovação em apartado; ou se deixa de portar por fé a observância das solenidades; ou de cerrar e coser a cédula testamentária mística.

Mas não procede menos irregularmente, se admite a forma pública para o

que não se exprime na língua nacional; ou se o testador declara a existência de uma causa impeditiva e o tabelião lhe toma, não obstante, as declarações; ou se aceita testemunha, ciente de que é proibida de figurar.

Enfim, quando a nulidade se atribui à ação ou omissão do notário nesta qualidade, fixa-se o pressuposto de sua responsabilidade.

E não será caso de se exigir que o prejudicado prove a culpa, uma vez que esta deflui diretamente da falha funcional em si mesma: a ação ou omissão de quem, por dever de ofício, é guardião do cumprimento das normas legais atinentes à sua atividade mesma, constitui, quando menos, uma negligência culposa, se não orçar por falta mais grave, que leve o ato às raias do acumpliciamento ou do dolo.

Não lhe valerá de escusativa a alegação de ter alertado o testador, ou de haver este exigido a prática do ato, contra a advertência tabelioa. Se é certo que lhe corre o dever de tomar as declarações do testador, sem a faculdade de recusá-las, não vai isto ao ponto de infringir as normas de cuja observância está incumbido.

Vale, por certo, a escusativa fundada na coação do testador, do herdeiro, ou de terceiro.

Exime-se, igualmente, se incorreu em erro. E, ao propósito, aqui é de imperar desenganadamente, a teoria do *error iuris*. Se a lei é menos clara, ou se a jurisprudência é vacilante a propósito de algum aspecto da lavratura do testamento, não pode o tabelião ser chamado a compor perdas e danos, se seguiu orientação calçada em aresto judicial, e, pela prevalência de tendência oposta, o ato vem a anular-se.

Analogamente lhe escusa a ignorância da circunstância que tenha determinado o anulamento, como, por exemplo, o grau de parentesco da testemunha instrumentária com o herdeiro ou o testamenteiro.

Finalmente, na forma do direito comum, o dever ressarcitório pressupõe a relação de causalidade entre o prejuízo do herdeiro ou do legatário e o ato incriminado. Vale dizer: o interessado há de provar seja o dano uma consequência imediata da nulidade testamentária.⁵⁵⁸ Se o testamento, posto que anulado, não pudesse trazer dano ou se este adviria independentemente da validade do ato, não há cogitar do princípio da responsabilidade, como no caso da coisa legada perecer por caso fortuito.

A matéria se encontra hoje regida pelo art. 22 da Lei nº 8.935, de 18 de novembro de 1994.

479-A. PRAZO DAS AÇÕES DE INVALIDADE DO TESTAMENTO

Em dispositivo que não encontra exato correspondente no Código de 1916, o Código Civil de 2002 fixa em cinco anos o prazo para o exercício do “*direito de impugnar a validade do testamento*”, contado da data de seu registro (art. 1.859). Trata-se de prazo *decadencial*.⁵⁵⁹

O dispositivo abrange tanto as ações de *nulidade* (por incapacidade do testador, inobservância de solenidade essencial etc.), como as de *anulação* (por erro, dolo etc.),⁵⁶⁰ e cria, para o testamento, regime particular, diverso daquele a que se submetem, em regra, os negócios jurídicos *inter vivos*, os quais, se nulos, jamais convalidam (art. 169), e, se anuláveis, apenas são passíveis de impugnação nos prazos (inferiores) dos arts. 178 ou 179.

Se se cuidar, todavia, de ação anulatória de *cláusula* testamentária (não de *todo* o testamento), fundada na alegação de erro, dolo ou coação, o prazo (igualmente *decadencial*)⁵⁶¹ será aquele do art. 1.909, parágrafo único, que somente flui a partir “*de quando o interessado tiver conhecimento do vício*”.

Essa distinção, difundida na doutrina,⁵⁶² pode gerar perplexidade nas hipóteses em que o testamento *se limite* à disposição viciada. Em casos tais, prevalece o prazo do art. 1.859, pois o objetivo da ação será o de anular o testamento *como um todo*.

Atento às críticas dirigidas à redação desses dispositivos, deveria o legislador adotar aquela do (arquivado) Projeto nº 6.960/2002: “*Extingue-se em cinco anos o direito de requerer a declaração de nulidade do testamento ou de disposição testamentária, e em quatro anos o de pleitear a anulação do testamento ou de disposição testamentária, contado o prazo da data do registro do testamento*”.

É incontroverso, porém, que o testamento *inexistente* (v.g., extorquido mediante coação *física* irresistível ou sugestão hipnótica) de nenhum modo convalida, por maior que seja o tempo decorrido. A ele certamente não se aplica nem o art. 1.859, nem *a fortiori* o art. 1.909, parágrafo único.⁵⁶³

- ¹ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 53; Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 313.
- ² D'Aguano, *Genesis y Evolución del Derecho*, nº 221.
- ³ Clóvis Beviláqua, loc. cit.
- ⁴ Cf. sobre a história em Roma: D'Aguano, ob. cit., nº 227; Frederic Girard, *Droit Romain*, pág. 845; Sumner Maine, *Ancien Droit*, Capítulo VI; Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, pág. 9; Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. II, § 202; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. I, nºs 27 e segs.; Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 319; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones, Sucesiones*, vol. I, § 12.
- ⁵ Frederic Girard, *Textes de Droit Romain*, pág. 14.
- ⁶ Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, pág. 16. Bonfante se refere à instituição de herdeiro como “fim essencial do testamento no Direito Romano” (*Instituciones de Derecho Romano*, tradução espanhola da 8ª ed., § 200).
- ⁷ Girard, *Droit Romain*, p. 857; Clóvis Beviláqua, § 54; Itabaiana de Oliveira, nº 323.
- ⁸ Girard, ob. cit., págs. 858 e segs.; Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 326.
- ⁹ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 54; Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 316; Roguin, *Droit Civil Comparé, Les Successions*, vol. III, nº 979; Walter D'Avanzo, *Delle Successioni*, vol. II, § 203.
- ¹⁰ Mello Freire, *Instituciones Juris Civilis Lusitani*, Livro III, Tít. V, § 16; Lacerda de Almeida, *Sucessões*, § 32; Coelho da Rocha, *Direito Civil*, §§ 685 e 727; Itabaiana de Oliveira, nº 336; Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 41; Teixeira de Freitas, *Testamentos e Sucessões*, § 67, e nota à pág. 124.
- ¹¹ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 54.
- ¹² Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 330.
- ¹³ Ver, a respeito destas e outras questões: Clóvis Beviláqua, loc. cit.; Coelho da Rocha, ob. cit., § 573, notas, e § 693.
- ¹⁴ Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, nota 12 ao art. 353.
- ¹⁵ Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, vol. II, § 751.
- ¹⁶ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 281-A; João Luiz Alves, *Código Civil Anotado*, observações ao art. 1.165.
- ¹⁷ Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 10.
- ¹⁸ Orosimbo Nonato, ob. cit., pág. 23.

- 19 Paul Leuba, *Du Régime Successoral en Droit Français et en Droit Suisse*, pág. 1.
- 20 *Lex XII Tabularum*, in Frederic Girard, *Textes de Droit Romain*, pág. 14.
- 21 Summer Maine, *Ancien Droit*, Cap. VI; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 54.
- 22 Clóvis Beviláqua, loc. cit.
- 23 Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 190.
- 24 Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, pág. 187, ao art. 1.721; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, nºs 293 e segs.; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. II, nºs 651 e segs.
- 25 Veja-se, no entanto, *supra*, nº 448-B.
- 26 Ferreira Alves, ob. cit., nº 192.
- 27 *Comentários...*, comentário ao art. 1.858, nº 5.
- 28 Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 8.1, com apoio em lição de Carlos Maximiliano.
- 29 A *Tutela Sucessória...*, pág. 52. A autora desenvolve longamente sua argumentação a partir da pág. 43. No mesmo sentido, Carlos Roberto Barbosa Moreira, “Princípios constitucionais e o Direito das Sucessões”, especialmente págs. 49-50; Heloisa Helena Barboza, “Aspectos Controversos do Direito das Sucessões: Considerações à Luz da Constituição da República”, pág. 322.
- 30 Ob. cit., pág. 46 (ou, na 2ª edição da obra, sob o título *A Sucessão do Cônjuge e do Companheiro na Perspectiva do Direito Civil Constitucional*, pág. 28). A autora voltou ao tema em obra mais recente: *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, págs. 161 e segs.
- 31 Michel Grimaldi, *Droit Civil: Successions*, nº 286, pág. 281.
- 32 Barassi, *Le Successione per Causa di Morte*, pág. 285; Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, pág. 22; Cicu, págs. 147 e segs.
- 33 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 9; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, § 5.658, nº 1, e § 5.679, nº 1; Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 20; Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.857, nº 3, e ao art. 1.858, nº 2. A questão é objeto de controvérsia na mais recente doutrina italiana: cf. Galgano, *Il Negozio Giuridico*, nº 129; Roberto Triola, *Il Testamento*, pág. 37; Lina Bigliazzi Geri, *Il Testamento*, págs. 15 e segs.; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 172; Stefano Delle Monache, *Testamento*, nºs 1 e segs.
- 34 Barassi, ob. cit., p. 304; Biondo Biondi, ob. cit., pág. 15.
- 35 Alberto Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 179; Zeno Veloso, *Comentários...*, pág. 13. A morte do testador constitui *fator de eficácia* do negócio jurídico testamentário:

- Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico*, pág. 57; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. V, § 539, nº 3.
- 36 Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 285; De Page, *Traité Élémentaire...*, vol. VIII, nº 805; Vitali, *Delle Successioni*, vol. I, nº 83; Antonio Cicu, *El Testamento*, pág. 28.
- 37 Vitali, ob. cit., nº 84.
- 38 Teixeira de Freitas, *Consolidação*, nota 1 ao art. 1.053; Coelho da Rocha, *Instituições...*, § 727; Gouvêa Pinto, *Tratado dos Testamentos*, nota 74.
- 39 Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 55; Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 339; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 287.
- 40 Gouvêa Pinto, ob. cit., § 8º; Carlos Maximiliano, ob. cit., vol. I, nº 286; Clóvis Beviláqua, ob. cit., loc. cit.; De Page, ob. cit., nº 814; Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 1.130; Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.858, nº 6.
- 41 Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. I, nº 58.
- 42 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 11; Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.858, nº 7.
- 43 Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 145; Zeno Veloso, *Comentários...*, pág. 15.
- 44 De Page, ob. cit., nº 806.
- 45 Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 151; Galgano, *Il Negoio Giuridico*, nº 133.1.
- 46 Alberto Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 179.
- 47 Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 357.
- 48 Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 1.133.
- 49 De Page, ob. cit., nº 811; Laurent, *Principes de Droit Civil*, vol. IX, nº 104; Zeno Veloso, *Comentários...*, pág. 7, observa que, embora o Código Civil de 2002 não contenha norma expressa “considerando nula ou sem efeito a cláusula em que o testador se compromete a não revogar o testamento”, “a proibição existe, implicitamente, e vigora no ordenamento pátrio como regra jurídica fundamental”.
- 50 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 285; Vitali, *Successioni Testamentarie e Legitime*, vol. I, nº 86; e vol. IV, nº 355, pág. 645; Cicu, ob. cit., pág. 20. Reputar “não escrita” a cláusula derogatória é a solução textual do direito português (Código Civil, art. 2.311, 2); analogamente, no direito espanhol, alude-se a cláusulas “no puestas” (Código Civil, art. 737).
- 51 Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 82.
- 52 Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 378.

- 53 Antonio Cicu, ob. cit., págs. 15 e segs; Galgano, *Il Negozio Giuridico*, nº 133.2.
- 54 Cf. Galgano, *Il Negozio Giuridico*, nº 133.2, nota nº 20; Stefano Delle Monache, *Testamento*, nº 10.
- 55 Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 46; Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 55; De Page, ob. cit., nº 798; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, pág. 303.
- 56 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 282.
- 57 Ruggiero e Maroi, ob. cit., § 95; Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.858, nº 11.
- 58 A observação vale, agora, para o direito argentino: o novo Código Civil e Comercial (de 2015) não contém uma definição de testamento (como fazia o art. 3.607 do diploma por ele revogado): cf. Marisa Herrera e María Victoria Pellegrini, *Manual de Derecho Sucesorio*, Edius, 2015, pág. 404.
- 59 Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 193; Stefano Delle Monache, *Testamento*, nº 12, pág. 63; Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito das Sucessões*, pág. 555.
- 60 Guido Capozzi, ob. cit., loc. cit. O art. 1.772, parágrafo único, do Código Civil (na redação que lhe deu a Lei nº 13.146, de 6 de julho de 2015), favorece essa conclusão, ao dispor que, na escolha do curador, “o juiz levará em conta a vontade e as preferências do interditando (...)”. O testamento biológico pode ser o *meio* para a manifestação da preferência do incapaz, no que tange à pessoa a quem tocará a administração de seu patrimônio.
- 61 Javier Sánchez-Caro e Fernando Abellán, *Derechos y deberes de los pacientes*, Comares, 2003, pág. 118.
- 62 Guido Capozzi, *Successioni...*, nº 193, pág. 467; Catherine Rendell, *Law of Succession*, pág. 23; Luiz Paulo Vieira de Carvalho, ob. cit., loc. cit.
- 63 Javier Sánchez-Caro e Fernando Abellán, ob. cit., pág. 94.
- 64 Guido Capozzi, ob. cit., loc. cit.
- 65 Vitali, *Delle Successioni*, vol. I, nº 111.
- 66 Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, § 304.
- 67 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 10.
- 68 Teixeira de Freitas, *Testamentos e Sucessões*, pág. 11, nota 9; Clóvis Beviláqua, *Teoria Geral de Direito Civil*, pág. 181; Lacerda de Almeida, *Sucessões*, pág. 297; Ferreira Alves, *Do Direito das Sucessões*, in *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 25; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.860, nº 1.
- 69 Vitali, *Delle Successioni*, vol. I, nº 555.
- 70 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 351; Ferreira Alves, ob. cit., nº 27.
- 71 Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.860, nº 2; Luiz Paulo Vieira de

Carvalho, *Direito das Sucessões*, págs. 559-560.

⁷² Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 1.860.

⁷³ Eduardo de Oliveira Leite, ob. cit., loc. cit.

⁷⁴ Como bem se expressa Zeno Veloso, “(...) o que se requer, fundamentalmente, em matéria de capacidade testamentária ativa, é que o indivíduo possa exprimir livremente a sua vontade, que tenha compreensão, discernimento, que saiba, enfim, o que está fazendo” (*Comentários...*, com ao art. 1.860, nº 3).

⁷⁵ Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.860, págs. 28 e 34.

⁷⁶ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 310.

⁷⁷ François Terré – Yves Lequet, *Droit Civil: Les Successions. Les Liberalités*, nº 271, pág. 263; Pierre Voirin – Gilles Goubeaux, *Droit Civil*, 25ª ed., 2008, t. II, nº 695, pág. 314; Anne-Marie Leroyer, *Droit des Successions*, 3ª ed., 2014, nº 322, pág. 245.

⁷⁸ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 317. Veja-se, a propósito, o art. 479 do Código de Processo Civil de 2015.

⁷⁹ Ferreira Alves, ob. cit., nº 20.

⁸⁰ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 353; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, § 5.671, nºs 1 e 4.

⁸¹ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 56; Teixeira de Freitas, *Consolidação*, art. 995.

⁸² Carlos Maximiliano, nº 330; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, § 5.672, nº 4.

⁸³ Teixeira de Freitas, *Testamentos e Sucessões*, pág. 5.

⁸⁴ Carlos Maximiliano, nº 318; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.860, nº 3.

⁸⁵ Ferreira Alves, ob. cit., nº 19. Sobre o ônus da prova, Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, § 5.671, nºs 1 e 2; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.860, nºs 3 e 4; Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito das Sucessões*, págs. 560-561.

⁸⁶ De acordo: Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, nº 35.1.11; contra: Zeno Veloso, *Comentários ...*, comentário ao art. 1.866.

⁸⁷ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 328.

⁸⁸ Teixeira de Freitas, ob. cit., nota 29.

⁸⁹ Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, pág. 311.

⁹⁰ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 322.

⁹¹ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 56.

⁹² Ferreira Alves, ob. cit., nº 21.

- 93 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 56.
- 94 Teixeira de Freitas, *Testamentos e Sucessões*, pág. 15.
- 95 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 333.
- 96 Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.860, nº 2; Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito das Sucessões*, pág. 563. No direito anterior, Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, § 5.675, nº 3.
- 97 Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 80.
- 98 Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 1.119.
- 99 Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 355.
- 100 Itabaiana de Oliveira, ob. cit.; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.123.
- 101 Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. II, nº 402; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, § 92.
- 102 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.131; Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 169.
- 103 Sobre a origem histórica do dispositivo, veja-se Carlos Roberto Barbosa Moreira, “Fideicomisso e sucessores não concebidos: exame de uma questão controvertida”, in *Revista Forense*, vol. 388, págs. 49 e segs. (em especial, pág. 58).
- 104 Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 405.
- 105 Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. I, nº 745; Carlos Maximiliano, ob. cit., vol. II, nº 1.127.
- 106 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 80. Cf., ainda Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 410; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.136; Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 75.
- 107 Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “Capacidade para testar...”, pág. 205.
- 108 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 357.
- 109 Clóvis Beviláqua, loc. cit.; ver o nº 431, *supra*.
- 110 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nº 1.413.
- 111 Teixeira de Freitas, *Consolidação*, art. 1.002; Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, § 689; Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 357; Antonio Cicu, *El Testamento*, pág. 269.
- 112 Clóvis Beviláqua, loc. cit.
- 113 Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 402; Aubry et Rau, *Cours de Droit Civil*, vol. X, § 649, nota 10, pág. 485.
- 114 Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 173.
- 115 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nº 1.379. Para o novo Código Civil, José Luiz Gavião de Almeida, *Código Civil Comentado*,

- pág. 120; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 10.5; Débora Gozzo, *Comentários...*, com. ao art. 1.802, nº 3.
- ¹¹⁶ Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 176.
- ¹¹⁷ A partir da entrada em vigor da Constituição Federal de 1988, o verbete nº 447 passou a constituir hipótese de *interpretação conforme à Constituição*, como anotado pelo atualizador deste volume no estudo “Princípios constitucionais e o Direito das Sucessões”, in *Revista Forense*, vol. 390, págs. 45 e segs. (em especial, págs. 52-53).
- ¹¹⁸ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 80; Maximiliano, ob. cit., nº 1.152.
- ¹¹⁹ Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, ao art. 1.630, pág. 94; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, nº 339; Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 82.
- ¹²⁰ Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 967; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, vol. I, § 96; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 12.
- ¹²¹ Orosimbo Nonato, *Estudos de Direito das Sucessões*, vol. I, nº 148; Galgano, *Il Negozio Giuridico*, nº 133.1; Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.862, nº 2.
- ¹²² Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 80.
- ¹²³ Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 30, pág. 97.
- ¹²⁴ Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., nº 961; Barassi, *Le Successioni*, pág. 334; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 1.948; De Page, ob. cit., nº 807.
- ¹²⁵ Barassi, loc. cit.; Mazeaud, ob. cit., nº 964.
- ¹²⁶ Vitali, *Delle Successioni...*, vol. I, nº 151 e segs.
- ¹²⁷ Clóvis Beviláqua, *Código Civil*, com. ao art. 1.650; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LIX, § 5.901, nº 6.
- ¹²⁸ Por *pessoa com deficiência* entende-se “aquela que tem impedimento de longo prazo de natureza física, mental, intelectual ou sensorial, o qual, em interação com uma ou mais barreiras, pode obstruir sua participação plena e efetiva na sociedade em igualdade de condições com as demais pessoas” (art. 2º da Lei nº 13.146).
- ¹²⁹ Na vigência do Código Civil de 1916, Pontes de Miranda reputava “heterotópicos” os arts. 142 (correspondente ao art. 228 do atual) e 143, porque “invadiram o terreno do direito processual, em vez de se manterem no terreno do direito material” (*Tratado de Direito Privado*, t. III, § 351, nº 5). Registre-se que, no inciso III (agora revogado) do art. 228 do Código Civil de 2002, aludia-

se a “fato *que se quer provar*” – evidentemente, fato controvertido *no processo judicial*, cuja prova se fazia necessária pela *parte* a quem ele, em tese, favoreceria.

- ¹³⁰ Pouco adiante (ob. cit., t. cit., § 5.901, nº 2), o mesmo autor volta ao tema: “As testemunhas devem *ouvir* e *ver*. Não basta que ouçam. Não basta que vejam. Hão de ter os sentidos. (...) O testador pode ser cego; as testemunhas, não” (com destaque no original).
- ¹³¹ “§ 2º A pessoa com deficiência poderá testemunhar em igualdade de condições com as demais pessoas, sendo-lhe assegurados todos os recursos de tecnologia assistiva”. Esse dispositivo evidentemente se conjuga com o art. 80 do Estatuto, que trata de recursos de “tecnologia assistiva” destinados a garantir *acesso à justiça*, inclusive quando a pessoa com deficiência atue “como testemunha” (entenda-se: testemunha *em juízo*).
- ¹³² *Tratado de Direito Privado*, t. LIX, § 5.901, nº 6.
- ¹³³ Pontes de Miranda (*Tratado*, t. LIX, § 5.901, nº 5) destacava, a propósito, que “os herdeiros legítimos não contemplados no testamento podem ser testemunhas instrumentárias”. No mesmo sentido, Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. I, nº 291.
- ¹³⁴ A se admitir a aplicação do art. 228, nº IV, estariam impedidos de figurar como testemunhas não somente “o interessado” (expressão que, com algum esforço interpretativo, poderia ser tomada, naquele contexto, como *herdeiro* ou *legatário*, embora inexistente qualquer “litígio”), mas também “o amigo íntimo ou o inimigo capital das partes” – conclusão refutada (com certa incoerência) pelo próprio Sílvio de Salvo Venosa, ob. cit., nº 11.7.1, pág. 255.
- ¹³⁵ Ao julgar (em 13.12.2011) o REsp. nº 1.155.641-GO, entendeu o STJ serem aplicáveis às testemunhas testamentárias os impedimentos dos nºs IV e V do art. 228 do Código Civil, em uma hipótese em que “o testamento público teve como testemunhas um amigo íntimo e a nora *da única beneficiária da disposição de última vontade*” (excerto da ementa, destacamos).
- ¹³⁶ *Código Civil*, vol. VI, comentário ao art. 1.650. Foi essa a posição adotada pelo STJ em acórdão de 21.8.2008 (REsp. nº 176.473-SP).
- ¹³⁷ Orosimbo Nonato, *Estudos*, vol. I, nº 297; Sílvio Rodrigues, *Direito Civil*, vol. VII, nº 63.
- ¹³⁸ Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 56; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LIX, § 5.901, nº 6. Para o novo Código Civil, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 11.7.1.
- ¹³⁹ Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, t. LIX, § 5.867, nº 4) tinha por

não essencial a menção à nacionalidade do testador.

- ¹⁴⁰ Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 1.151; H. Vialleton, *Les Successions*, págs. 183 a 186.
- ¹⁴¹ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 370; Orosimbo Nonato, *Estudos...*, vol. I, nº 160. Para o novo Código Civil, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 11.3, o qual lembra, com absoluta pertinência, que a lavratura do testamento somente poderá ocorrer nos limites da competência territorial do tabelião, segundo as leis de organização judiciária. No mesmo sentido, Zeno Veloso, *Comentários...*, pág. 58.
- ¹⁴² Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 379.
- ¹⁴³ Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 170; Carlos Maximiliano, nº 379. Para o primeiro, “a declaração de viva voz do testador é sempre indispensável” – afirmação que então se justificava plenamente à luz do art. 1.635 do Código revogado.
- ¹⁴⁴ De acordo: Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, nº 35.1.11.
- ¹⁴⁵ Walter D’Avanzo, *Delle Successioni*, vol. II, nº 815; Vitali, nº 514; Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.864, nº 7.
- ¹⁴⁶ Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.864, nº 6.
- ¹⁴⁷ Galgano, *Il Negozio Giuridico*, nº 133.1, pág. 613; Guido Capozzi, *Successioni...*, nº 188.
- ¹⁴⁸ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 60; Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 392; Orosimbo Nonato, *Estudos...*, vol. I, nº 168.
- ¹⁴⁹ Clóvis Beviláqua, loc. cit.
- ¹⁵⁰ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 15.
- ¹⁵¹ Zeno Veloso, *Comentários...*, pág. 55.
- ¹⁵² Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 160; De Page, *Traité Élémentaire...*, vol. II, nº 200.
- ¹⁵³ Vitali, *Delle Successioni...*, vol. IV, nº 384.
- ¹⁵⁴ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 402; Orlando Gomes, nº 87; Vitali, ob. cit., nº 390; Zeno Veloso, *Comentários...*, pág. 58.
- ¹⁵⁵ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 392; Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, pág. 108. Para o atual Código Civil, Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.864, nº 10.
- ¹⁵⁶ Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 192; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 392; De Page, ob. cit., nº 903.
- ¹⁵⁷ Carlos Maximiliano, loc. cit.; Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.864, nº 16.
- ¹⁵⁸ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 60; Teixeira de Freitas, em nota a Gouvêa Pinto,

- Testamentos e Sucessões*, § 75, pág. 146; Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 392.
- ¹⁵⁹ Carlos Maximiliano, nº 396; Clóvis Beviláqua, loc. cit.
- ¹⁶⁰ Walter D'Avanzo, ob. cit., p. 819; Planiol, Ripert *et* Boulanger, ob. cit., nº 1.994.
- ¹⁶¹ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 400.
- ¹⁶² Galgano, *Il Negozio Giuridico*, nº 138.
- ¹⁶³ Cf. sobre a data, Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 182; Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 35, pág. 104.
- ¹⁶⁴ Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentário ao art. 1.864.
- ¹⁶⁵ Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. I, nº 221.
- ¹⁶⁶ Orosimbo Nonato, *Estudos...*, vol. I, nº 225.
- ¹⁶⁷ Zeno Veloso, *Comentários...*, pág. 97.
- ¹⁶⁸ Lacerda de Almeida, *Direito das Sucessões*, § 36.
- ¹⁶⁹ A hipótese, a rigor, deveria ser tratada como de testamento *inexistente*: cf. o vol. I destas *Instituições*, nº 112; Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.859, nº 5.
- ¹⁷⁰ Cândido de Oliveira Filho, *Direito das Sucessões*, pág. 299; Alberto Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 182; Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, *Curso de Direito Civil*, vol. VI, pág. 158; Reginaldo Nunes, "Parecer", in *Revista Forense*, vol. 154, pág. 252; Decisão do Supremo Tribunal Federal, in *Revista dos Tribunais*, vol. 264, pág. 863.
- ¹⁷¹ Antonio Cicu, *El Testamento*, pág. 55.
- ¹⁷² Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 62; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, nº 397; Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIV, nº 40.
- ¹⁷³ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 424.
- ¹⁷⁴ Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Cíveis*, nota 10 ao art. 1.055; Lacerda de Almeida, ob. cit., § 35; Ferreira Alves, loc. cit.
- ¹⁷⁵ Zeno Veloso, *Comentários...*, pág. 99.
- ¹⁷⁶ Cf. Clóvis Beviláqua, loc. cit.
- ¹⁷⁷ Clóvis Beviláqua, loc. cit.; João Luiz Alves, *Código Civil Anotado*, observação ao art. 1.638, pág. 1.151; Hermenegildo de Barros, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, pág. 284; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 445; Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 233; Ferreira Alves, in *Manual Lacerda*, vol. XIX, pág. 114.
- ¹⁷⁸ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 397; Martinho Garcez, *Nulidades dos Atos Jurídicos*, vol. II, nº 715, pág. 605.

- ¹⁷⁹ Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 98.
- ¹⁸⁰ Ferreira Alves, loc. cit.
- ¹⁸¹ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 397.
- ¹⁸² Lacerda de Almeida, *Sucessões*, § 36; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 465.
- ¹⁸³ Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 155; Vitali, ob. cit., vol. IV, nº 739. Para o Código Civil de 2002, Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, comentário ao art. 1.869.
- ¹⁸⁴ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 397; Carlos Maximiliano, nº 463.
- ¹⁸⁵ No sistema do Código de Processo Civil de 1973, cuidava-se, a rigor, de *sentença*. Assim também no novo Código de Processo Civil (de 2015).
- ¹⁸⁶ Ferreira Alves, ob. cit., nº 45, pág. 121. Para o novo Código Civil, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 11.4.3.
- ¹⁸⁷ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 400; Clóvis Beviláqua, *Comentário ao Código Civil*, vol. VI, ao art. 1.644, pág. 110; Orosimbo Nonato, ob. cit., 245. Para o novo Código Civil, Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários*, comentários aos arts. 1.875 e 1.972.
- ¹⁸⁸ Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.875, nº 4.
- ¹⁸⁹ Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 1.952.
- ¹⁹⁰ Lacerda de Almeida, *Direito das Sucessões*, § 34.
- ¹⁹¹ Obviamente, a expressão “punho” comporta interpretação *extensiva*, para abranger qualquer outra parte do corpo (pé, boca, parte de membro amputado) com a qual o testador consiga escrever: Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.876, nº 5. Assim também na doutrina estrangeira: Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado...*, t. V, vol. I, § 26; Paul Piotet, *Précis de Droit Successoral*, § 16, nº III, e *Traité de Droit Privé Suisse*, t. IV, § 38, nº I.
- ¹⁹² No mesmo sentido, Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.876, nº 6.
- ¹⁹³ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 13.
- ¹⁹⁴ Antonio Cicu, *El Testamento*, pág. 55.
- ¹⁹⁵ Planiol, Ripert et Boulanger, ob. cit., nº 1.959.
- ¹⁹⁶ Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 46.
- ¹⁹⁷ Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nº 984; De Page, *Traité Élémentaire*, tomo VIII, vol. II, nº 860, letra d; Trabucchi, loc. cit.; Enneccerus, Kipp y Wolff, loc. cit.; Vialleton, pág. 182.
- ¹⁹⁸ Contra, no sistema do Código de 1916, Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, nº 406.
- ¹⁹⁹ Enneccerus, Kipp y Wolff, loc. cit.; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito*

- Privado*, t. LIX, § 5.892, nº 6; Paul Piotet, *Précis...*, § 16, nº III; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 187.
- ²⁰⁰ Barbero, *Sistema...*, nº 1.121; Cicu, *El Testamento*, pág. 76; Paul Piotet, *Précis...*, § 16, nº III. Assim também no direito inglês, onde já se reputou suficiente, a título de assinatura do testador, a expressão “*your loving mother*”: Catherine Rendell, *Law of Succession*, pág. 40.
- ²⁰¹ Ferreira Alves, loc. cit.
- ²⁰² Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 406; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 495. Para o novo Código Civil, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 11.5: “Uma única que não o saiba torna o negócio nulo.”
- ²⁰³ Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 104; Maria Berenice Dias, *Manual...*, nº 35.1.3.
- ²⁰⁴ Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, *Curso...*, vol. VI, págs. 163 e 166. Para Maria Berenice Dias (*Manual...*, nº 35.1.3), “o recomendável é que mais testemunhas participem da solenidade, para não haver o risco de o testamento ser invalidado por não serem encontradas as testemunhas”.
- ²⁰⁵ Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. I, nº 255. Para o novo Código Civil, Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários*, comentário ao art. 1.878.
- ²⁰⁶ Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 1.149.
- ²⁰⁷ De acordo: Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.878, nº 5.
- ²⁰⁸ Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.879, nº 6.
- ²⁰⁹ Lacerda de Almeida, ob. cit., § 34.
- ²¹⁰ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 64. Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários*, comentário ao art. 1.875, opina pela aplicação analógica do art. 170 do novo Código.
- ²¹¹ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 65; Teixeira de Freitas, em observações a Gouvêa Pinto, *Testamentos e Sucessões*, § 97; Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, § 685.
- ²¹² Orosimbo Nonato, *Estudos sobre a Sucessão Testamentária*, vol. I, nº 258.
- ²¹³ Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 261. Para o novo Código Civil, Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários*, comentário ao art. 1.888.
- ²¹⁴ Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, § 96; Antonio Cicu, *El Testamento*, pág. 126.
- ²¹⁵ Teixeira de Freitas, *Testamentos e Sucessões*, § 77; Lacerda de Almeida, *Direito de Sucessões*, § 37.
- ²¹⁶ De Page, *Traité Élémentaire*, t. VIII, vol. II, nº 807; Mazeaud, Mazeaud et

- Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 961; Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 1.948; Barassi, *Le Successioni...*, pág. 334.
- ²¹⁷ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 16.
- ²¹⁸ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, loc. cit.
- ²¹⁹ Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, nº 226, pág. 619.
- ²²⁰ Teixeira de Freitas, ob. cit., § 101; Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 68.
- ²²¹ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 519.
- ²²² Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 520.
- ²²³ Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. I, nº 50; em sentido contrário, porém, Zeno Veloso, *Comentários...*, comentário ao art. 1.881, nº 10, e “Testamentos – Noções Gerais...”, págs. 166-167.
- ²²⁴ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 564.
- ²²⁵ Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, pág. 185.
- ²²⁶ Gaius, *Institutiones, Comentarius II*, nº 229.
- ²²⁷ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 561.
- ²²⁸ Vitali, *Delle Successioni...*, vol. II, nº 1.326.
- ²²⁹ Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. II, nº 521.
- ²³⁰ Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, vol. II, § 98; Trabucchi, *Istituzioni*, nº 172; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 15.
- ²³¹ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 73.
- ²³² Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 566.
- ²³³ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 73; Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 472.
- ²³⁴ Itabaiana de Oliveira, loc. cit.
- ²³⁵ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 828; Planiol *et* Ripert, *Traité Pratique de Droit Civil*, vol. VII, nº 1.042; Aubry *et* Rau, *Droit Civil*, vol. IV, § 302; Ludovico Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, pág. 420.
- ²³⁶ Clóvis Beviláqua, loc. cit.; Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 472.
- ²³⁷ Savigny, *Traité de Droit Romains*, vol. III, pág. 205; Ludovico Barassi, ob. cit., pág. 409; Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 126. Em data mais recente, Ana Luiza Maia Nevares, *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, pág. 222.
- ²³⁸ Tampouco é de se reconhecer validade à cláusula testamentária que condicione a deixa a que o beneficiário não se case com pessoa de determinada *religião*: cf. Ana Luiza Maia Nevares, *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, pág. 221.

- 239 Cf. sobre essas condições: Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 73; Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 580; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 759; Vitali, *Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. III, nºs 1.955 e segs.
- 240 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 20.
- 241 Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, § 702.
- 242 Orlando Gomes, ob. cit., nº 128.
- 243 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 487.
- 244 Itabaiana de Oliveira, nº 489.
- 245 Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 591; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 842; Vitali, ob. cit., vol. IV, p. 459.
- 246 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 490; Orlando Gomes, ob. cit., nº 128.
- 247 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 494.
- 248 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 74.
- 249 Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 621; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 693; Ludovico Barassi, ob. cit., nº 133; Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 74.
- 250 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 496.
- 251 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, § 99; Roberto Triola, *Il Testamento*, págs. 252-253.
- 252 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 74.
- 253 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 481.
- 254 Vejam-se as considerações críticas de Ana Luiza Maia Nevares, *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, págs. 242 e segs. (em especial, págs. 244 e 250).
- 255 Cf. a propósito da autorização para alienar bens gravados: Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 696; Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 629. O Decreto-lei nº 6.777, de 8 de agosto de 1944, dispunha que, autorizada a sub-rogação de imóveis gravados ou inalienáveis, “estes serão *sempre* substituídos por outros imóveis ou apólices da dívida pública” (art. 1º, destacou-se). A atual redação do parágrafo único do art. 1911 sugere, porém, que não mais subsiste semelhante restrição.
- 256 Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 633.
- 257 Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 640; Amílcar de Castro, *Comentários ao Código do Processo Civil*, Ed. Forense, vol. X, nº 240.
- 258 Ana Luiza Maia Nevares, *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, pág. 249.
- 259 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 138.
- 260 Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, comentário ao art. 1.848; Maria

- Helena Diniz, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, 2003, vol. 22, pág. 493.
- ²⁶¹ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 72.
- ²⁶² Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 18.
- ²⁶³ Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 187.
- ²⁶⁴ Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, nº 845 e segs.
- ²⁶⁵ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 72; Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, § 693; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 597; Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 122.
- ²⁶⁶ Carlos Maximiliano, ob. cit., vol. III, nº 644; Orosimbo Nonato, *Estudos...*, vol. III, nº 683; Galgano, *Il Negozio Giuridico*, nº 133.1; Trabucchi, *Istituzioni ...*, nº 172.
- ²⁶⁷ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 525.
- ²⁶⁸ Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 855; Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, nº 187; Stolfi, *Teoria del Negozio Giuridico*, pág. 230.
- ²⁶⁹ Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 187.
- ²⁷⁰ Cicu, *El Testamento*, págs. 168-169; Antoni Vaquer Aloy, *La Interpretación del Testamento*, pág. 62. Flume, *El Negocio Jurídico*, § 16, 5, pág. 399; Trabucchi, *Istituzioni*, nº 187, pág. 455; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.899, nº 13.
- ²⁷¹ Antoni Vaquer Aloy, *La Interpretación...*, pág. 62.
- ²⁷² Antoni Vaquer Aloy, *La Interpretación...*, págs. 54 e 92.
- ²⁷³ Bonilini, *I Legati*, pág. 45; Perego, “*I Legati*”, pág. 247.
- ²⁷⁴ Cf. Domenico Barbero, *Sistema...*, vol. V, nº 1.128; Umberto Vincenti, “*L’Interpretazione della volontà testamentaria*”, pág. 437 e nota nº 117; Gianluca Petti, “*Clausole contraddittorie del contratto e del testamento tra conservazione e interpretazione di buona fede*”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, ano LXIV (junho 2010), nº 2, págs. 419 e segs. (em especial, págs. 441-442 e nota nº 51).
- ²⁷⁵ Lina Bigliazzi Geri, *L’Interpretazione del Contratto*, Giuffrè, 1991, págs. 56 e segs.; Stefano Delle Monache, *Testamento*, págs. 180-181; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 185, págs. 445-446.
- ²⁷⁶ Roberto Triola, *Il Testamento*, pág. 294.
- ²⁷⁷ Cesare Grassetti, *L’Interpretazione del Negozio Giuridico*, págs. 206-207.
- ²⁷⁸ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado...*, t. I, vol. II, § 206; Flume, *El negocio Jurídico*, § 16, 3, pág. 370.

- ²⁷⁹ Danz, *La Interpretación de los Negocios Jurídicos*, pág. 353; Von Tuhr, *Derecho Civil*, t. II, vol. II, pág. 222.
- ²⁸⁰ Hans Brox, *Allgemeiner Teil des BGB*, 26ª ed., 2002, pág. 73; Peter Bähr, *Grunzüge des Bürgerlichen Rechts*, 10ª ed., pág. 426.
- ²⁸¹ Valem, para o direito brasileiro, as observações, formuladas a propósito do direito português, por Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 21, onde se conclui que apenas “uma valoração caso por caso” pode revelar a compatibilidade entre o regime geral (do negócio jurídico) e o testamento.
- ²⁸² Judith Martins-Costa, *A Boa-Fé no Direito Privado*, RT, 1999, pág. 456.
- ²⁸³ Em sentido substancialmente idêntico, Ana Luíza Maia Nevares, *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, pág. 37: “Se nos negócios entre vivos o destinatário da manifestação da vontade só é cobrado a saber aquilo que lhe é revelado e é tornado público e claro a partir da declaração volitiva e da conduta do declarante; se, ainda, nesses negócios, o ônus de dar à vontade uma expressão adequada é imposto para a tutela do destinatário da declaração e o se eventual inadimplemento incidirá no plano da interpretação em desfavor do declarante, nos negócios *mortis causa*, ao contrário, uma análoga exigência de tutela não existe, pois, na constituição dos atos de última vontade, faltam outros interessados e, em consequência, falta um conflito de interesses a ser composto entre declarante e destinatários da manifestação volitiva”.
- ²⁸⁴ Cicu, *El Testamento*, pág. 171.
- ²⁸⁵ Domenico Barbero, *Sistema...*, vol. V, nº 1.128; Lina Bigliazzi Geri, *L'Interpretazione...*, págs. 367-368, e “*Il Testamento*”, págs. 94 e segs.; Roberto Triola, *Il Testamento*, pág. 302; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 185, pág. 446.
- ²⁸⁶ Cf. a propósito da certeza do instituído: Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 522; Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, ao art. 1.668; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 579.
- ²⁸⁷ Ludovico Barassi, *Le Successioni Testamentaire e Legittime*, pág. 385; Carlos Maximiliano, ob. cit., vol. I, nº 346.
- ²⁸⁸ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 634.
- ²⁸⁹ De Page, *Traité Élémentaire...*, t. VIII, vol. II, nº 979.
- ²⁹⁰ Clóvis Beviláqua, § 72; Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, § 695.
- ²⁹¹ Cf., a respeito deste problema: Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 18; Bonilini, *I Legati*, pág. 430; Perego, “*I Legati*”, pág. 245.

- ²⁹² Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 290.
- ²⁹³ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 636; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, nº 680; Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 85.
- ²⁹⁴ Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nºs 2.103 e 2.116 e segs.; Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.018; De Page, *Traité*, t. VIII, vol. II, nº 1.051.
- ²⁹⁵ Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 147.
- ²⁹⁶ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 438.
- ²⁹⁷ Trabucchi, *Istituzioni*, nº 172; Galgano, *Il Negozio Giuridico*, nº 133.1.
- ²⁹⁸ Carlos Maximiliano, *ob. cit.*, nº 849.
- ²⁹⁹ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 103.
- ³⁰⁰ Colin *et* Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 1.165.
- ³⁰¹ Orosimbo Nonato, *ob. cit.*, nº 687; Carlos Maximiliano, *ob. cit.*, nº 998; Barassi, *Le Successioni per Causa di Morte*, pág. 126.
- ³⁰² Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 87; Itabaiana de Oliveira, *ob. cit.*, nº 531.
- ³⁰³ Carlos Maximiliano, *ob. cit.*, nº 861.
- ³⁰⁴ Coelho da Rocha, *Instituições...*, § 705.
- ³⁰⁵ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 539.
- ³⁰⁶ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 107.
- ³⁰⁷ Tanto o art. 1.913 (legado de coisa pertencente ao herdeiro ou ao legatário) quanto o art. 1.915 (legado de gênero) cuidam do fenômeno de aquisição *causa mortis*, sem que haja, propriamente, uma sucessão *causa mortis*: cf. Ana Luiza Maia Nevares, *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, págs. 125 e segs. e 141.
- ³⁰⁸ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 108.
- ³⁰⁹ Vitali, *Delle Sucesioni*, vol. II, nº 1.475.
- ³¹⁰ Quando o testador houver testado “todos os bens móveis” ou “todos os bens imóveis”, ou ainda dispuser sobre universalidades de fato quaisquer, a hipótese será de legado, e não de herança: Gustavo Tepedino, *Usufruto Legal do Cônjuge Viúvo*, p. 59.
- ³¹¹ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 87.
- ³¹² Itabaiana de Oliveira, *ob. cit.*, nº 557; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, § 100; Vitali, *Delle Successioni*, vol. II, nº 1.489; Bonilini, *I Legati*, págs. 258 e segs.
- ³¹³ Bonilini, *I Legati*, pág. 259.

- Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 285; Bonilini, ob. cit., pág. 261; Perego,³¹⁴ “*I Legati*”, pág. 240, o qual acrescenta que a vontade contrária do testador necessariamente será manifestada *noutro* testamento.
- ³¹⁵ Guido Capozzi, ob. cit., nº 285; Bonilini, ob. cit., pág. 261.
- ³¹⁶ Clóvis Beviláqua, loc. cit.; Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 562; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVII, § 5.772, nº 3.
- ³¹⁷ Perego, “*I Legati*”, pág. 241.
- ³¹⁸ Clóvis Beviláqua, loc. cit.; Coelho da Rocha, ob. cit., § 707.
- ³¹⁹ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 568.
- ³²⁰ Clóvis Beviláqua, loc. cit.
- ³²¹ Vitali, *Delle Successioni*, vol. II, nº 1.640.
- ³²² Clóvis Beviláqua, *Comentário ao Código Civil*, vol. IV, ao art. 1.689, pág. 155; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 960.
- ³²³ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 591.
- ³²⁴ De Page, *Traité...*, t. VIII, vol. II, nº 1.010.
- ³²⁵ Ruggiero e Maroi, *Istituzioni*, § 101; cf. ainda a propósito da distinção entre a aquisição do direito ao legado e o direito à sua entrega; Lacerda de Almeida, *Sucessões*, nota c, pág. 522; Orlando Gomes, ob. cit., nº 158; Vitali, *Delle Successioni*, nº 1.723; Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, nº 326.
- ³²⁶ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nºs 446 e 599.
- ³²⁷ *Idem*, ob. cit., nº 600.
- ³²⁸ Coelho da Rocha, *Instituições...*, § 710; Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 602; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, nº 736; Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, pág. 142.
- ³²⁹ Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 162.
- ³³⁰ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 616.
- ³³¹ Vitali, *Delle Successioni...*, vol. II, nº 1.756; Bonilini, *I Legati*, pág. 387.
- ³³² Bonilini, *I Legati*, pág. 380.
- ³³³ Sobre a distinção entre legado *alternativo* e *facultativo* (ou *com faculdade alternativa*), Carlos Cuadrado Pérez, *El Legado Alternativo*, págs. 28 e segs.; Bonilini, *I Legati*, pág. 378; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 289.
- ³³⁴ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.071.
- ³³⁵ Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, pág. 323.
- ³³⁶ Para Orlando Gomes, porém, “a *pretensão* contra o onerado insere-se no direito de propriedade contra o legatário, dirigindo-se à obtenção da coisa legada, por

- sua efetiva entrega, atenta à circunstância de que o beneficiado está proibido, por lei, de entrar, por autoridade própria, na sua *posse*. Contudo, varia a natureza desse direito conforme o *objeto* do legado” (ob. cit., nº 160).
- ³³⁷ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 624.
- ³³⁸ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 109.
- ³³⁹ Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, ao art. 1.708, pág. 169.
- ³⁴⁰ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 624.
- ³⁴¹ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 1.050.
- ³⁴² Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pág. 50.
- ³⁴³ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.056.
- ³⁴⁴ Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 2.134.
- ³⁴⁵ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 624; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.066.
- ³⁴⁶ Cf. a respeito: Lacerda de Almeida, *Sucessões*, pág. 452; Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, nº 150, pág. 396; Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 159.
- ³⁴⁷ Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nº 1.038.
- ³⁴⁸ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 89; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.430.
- ³⁴⁹ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. VIII, nº 1.223; Vittorio Pollacco, *Delle Successioni*, vol. I, pág. 316.
- ³⁵⁰ Biondo Biondi, *Successione Testamentaria e Donazioni*, nº 97.
- ³⁵¹ Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, ao art. 1.729; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, nº 780; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.947, nº 2.
- ³⁵² Cf. sobre os requisitos da substituição em geral: Clóvis Beviláqua, loc. cit.; Carlos Maximiliano, ob. cit., nºs 1.228 e segs.; Orosimbo Nonato, ob. cit., nºs 782 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, vol. I, § 99; Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 242.
- ³⁵³ Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, nº 630; Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, § 714; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.227.
- ³⁵⁴ Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 170.
- ³⁵⁵ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 90.
- ³⁵⁶ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 1.730; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.426; Biondo Biondi, ob. cit., nº 97; Lacerda de Almeida, *Sucessões*, § 47; Paul Leúba,

Du Régime Successoral en Droit Français et en Droit Suisse, pág. 209.

- 357 Ruggiero e Maroi, ob. cit., § 99.
- 358 Orlando Gomes, ob. cit., nº 171.
- 359 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 48.
- 360 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 634.
- 361 Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, § 221.
- 362 Cf. a respeito da fase romana do fideicomisso: Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 94; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.431.
- 363 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, loc. cit.
- 364 Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité...*, vol. III, nº 3.899; Irmãos Mazeaud, ob. cit., nº 1.140; Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 1.251.
- 365 Cicu, *El Testamento*, págs. 308-309.
- 366 Barassi, *Le Successioni...*, nº 154; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, § 99; Vitali, *Delle Successioni*, vol. III, nº 2.271; Cicu, *El Testamento*, pág. 309.
- 367 Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 244; Alberto Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 196.
- 368 Sobre a reforma do direito italiano, além do primeiro autor citado na nota precedente, v. Giuseppe Azzariti, *La sostituzione fedecommissaria*, in *Trattato di Diritto Privato*, de Pietro Rescigno, págs. 335 e segs.
- 369 Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, nº 797.
- 370 Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 652; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, 1.254 e 1.274; Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 804.
- 371 Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, pág. 368; Martinho Garcez, *Sucessões*, pág. 85.
- 372 Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 858; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.253.
- 373 Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 181; Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, *Curso de Direito Civil*, vol. 6, pág. 259. Correto o acórdão do STJ (de 10.12.2013) no REsp. nº 1.221.817.
- 374 Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 789; Lacerda de Almeida, *Sucessões*, § 53.
- 375 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 90.
- 376 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 640; Carlos Maximiliano, nº 1.242; Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 251.
- 377 Cf. em torno do ponto a longa exposição de Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 795; ver ainda, Orlando Gomes, ob. cit., nº 174.
- 378 João Alberto Schützer Del Nero, *Conversão Substancial do Negócio Jurídico*,

pág. 277.

- ³⁷⁹ Tal solução – preconizada a partir da 15ª ed. deste volume das *Instituições* – foi objeto da crítica de Guilherme Calmon Nogueira da Gama (“Substituições e fideicomisso”, págs. 351-352), para quem “caso não tenha ocorrido a concepção do fideicomissário até o momento da resolução do direito do fiduciário, é de se reconhecer a caducidade do fideicomisso, consolidando-se a propriedade no fiduciário (nas hipóteses de termo ou condição) ou nos seus herdeiros (no caso de morte do fiduciário)”. Ao atualizador deste volume quer parecer, todavia, que a relação entre as hipóteses dos arts. 1.799, nº I, e 1.952 do vigente Código Civil é a de *gênero e espécie*, sendo o fideicomisso manifestação particular da possibilidade contemplada no primeiro daqueles dispositivos. Por isso, a aplicação do mecanismo previsto no art. 1.800 – ressalvada a questão do termo inicial do biênio de espera – se faz *diretamente*, e não por analogia. Além disso, entre duas possíveis interpretações, merece ser prestigiada aquela que reconhece eficácia à cláusula testamentária, e não a outra, da qual decorreria sua caducidade. O tema foi tratado mais amplamente em Carlos Roberto Barbosa Moreira, “Fideicomisso e sucessores não concebidos: exame de uma questão controvertida”, in *Revista Forense*, vol. 399, págs. 49 e segs. Veja-se, também, Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito das Sucessões*, pág. 741 e nota nº 47.
- ³⁸⁰ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 90.
- ³⁸¹ Orlando Gomes, ob. cit., nº 175.
- ³⁸² Barassi, ob. cit., nº 156. Não se cuida, propriamente, de “obrigação” do fiduciário, como se lia no Código Civil de 1916 (art. 1.733), uma vez que a resolução de seu direito é automática: cf. Guido Capozzi, *Successioni...*, nº 243; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.951, nº 7. O texto do novo Código Civil reflete melhor o fenômeno.
- ³⁸³ Ruggiero e Maroi, loc. cit.; Guido Capozzi, *Successioni...*, nº 243; Guilherme Calmon Nogueira da Gama, ob. cit., pág. 343.
- ³⁸⁴ Orlando Gomes, nº 178.
- ³⁸⁵ Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 805.
- ³⁸⁶ Ferreira Alves, ob. cit., nº 255.
- ³⁸⁷ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 96; Coelho da Rocha, *Instituições...*, § 718.
- ³⁸⁸ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 648.
- ³⁸⁹ *Idem*, ob. cit., nº 648.
- ³⁹⁰ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.275; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 91.
- ³⁹¹ Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 807; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.273; Clóvis

- Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, ao art. 1.736.
- ³⁹² Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 97; Coelho da Rocha, ob. cit., § 719.
- ³⁹³ Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 825.
- ³⁹⁴ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 98.
- ³⁹⁵ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.280.
- ³⁹⁶ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 90.
- ³⁹⁷ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.283.
- ³⁹⁸ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 90; Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “Substituições e fideicomisso”, pág. 350; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.954.
- ³⁹⁹ No mesmo sentido, Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, *Curso...*, vol. cit., págs. 253-254; Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, nº 42.9.1.
- ⁴⁰⁰ Cf. sobre a distinção entre fideicomisso e usufruto, além do que já se escreveu em o nº 340, *supra*, vol. IV; Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, ao art. 1.733; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, nº 800; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nºs 1.257 e segs.; Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nºs 662 e segs.; Orlando Gomes, nº 182; Vittorio Pollaco, *Delle Successioni*, vol. I, págs. 360 e segs.; Planiol, Ripert *et* Boulanger, vol. III, nº 3.895; Planiol *et* Ripert, *Traité Pratique*, vol. V, nº 297; Teixeira de Freitas, *Sucessões e Testamentos*, § 230; M. I. Carvalho de Mendonça, *Do Usufruto*, págs. 121 e segs.; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. VIII, vol. II, nº 1.747; Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 257; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.951, nº 8; Guilherme Calmon Nogueira da Gama, “Substituições e fideicomisso”, págs. 352-353.
- ⁴⁰¹ De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. VIII, vol. II, nº 1.326.
- ⁴⁰² Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 2.177.
- ⁴⁰³ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 101; Teixeira de Freitas, *Testamentos e Sucessões*, § 137, nota 267.
- ⁴⁰⁴ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.360; Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, nº 881; De Page, ob. cit., nº 1.345.
- ⁴⁰⁵ Clóvis Beviláqua, loc. cit.
- ⁴⁰⁶ Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 207.
- ⁴⁰⁷ Planiol, Ripert *et* Boulanger, ob. cit., nº 2.181.
- ⁴⁰⁸ Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 340; Corrêa Telles, *Digesto*

Português, art. 1.822; Coelho da Rocha, *Instituições...*, § 720.

- 409 Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, vol. I, § 102; De Page, ob. cit., nº 1.340; Vialleton, pág. 203.
- 410 Clóvis Beviláqua, loc. cit.; Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 204.
- 411 Antonio Cicu, *El Testamento*, pág. 351; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 259.
- 412 Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, nº 737; Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 101; Lacerda de Almeida, *Sucessões*, § 85.
- 413 Para Orlando Gomes, estão impedidos de exercer a testamentaria, além das testemunhas instrumentárias, os que escreveram, a rogo, o testamento, seu cônjuge ou companheiro, ascendentes, descendentes e irmãos, e o oficial perante o qual foi feito o ato de última vontade (ob. cit., nºs 204 e 206).
- 414 Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, observação ao art. 1.753; Orlando Gomes, ob. cit., nºs 204 e 206.
- 415 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.366.
- 416 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 733.
- 417 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 101.
- 418 Ferreira Alves, ob. cit., nº 340; De Page, ob. cit., nº 1.333; Colin *et* Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 1.193; Vitali, *Delle Successioni*, vol. IV, pág. 676.
- 419 Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 880.
- 420 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.361; Orosimbo Nonato, ob. cit., pág. 300.
- 421 Orlando Gomes, ob. cit., nº 205.
- 422 Cf. De Page, ob. cit., nº 1.350.
- 423 De Page, nº 1.362.
- 424 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 118.
- 425 Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nº 1.185.
- 426 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.382.
- 427 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 746; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.393.
- 428 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 756.
- 429 Planiol, Ripert *et* Boulanger, ob. cit., nº 2.201.
- 430 De Page, ob. cit., nº 1.398.
- 431 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 119.
- 432 Cf., a respeito da responsabilidade do testamentário: De Page, ob. cit., nºs 1.374 e segs.
- 433 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. II, § 118.
- 434 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.399.

- ⁴³⁵ Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, observações ao art. 1.766. Para o vigente Código Civil, Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.987, nº 3; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 1.987, pág. 706.
- ⁴³⁶ Ferreira Alves, ob. cit., nº 378.
- ⁴³⁷ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 764.
- ⁴³⁸ Clóvis Beviláqua, *Comentário*, citado.
- ⁴³⁹ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 768; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.396; Clóvis Beviláqua, loc. cit.
- ⁴⁴⁰ Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 950.
- ⁴⁴¹ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.402; Orosimbo Nonato, nº 946.
- ⁴⁴² Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, nº 827; Troplong, *Le Droit Civil Expliqué suivant l'Ordre des Articles du Code*, nº 2.161; Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 1.213.
- ⁴⁴³ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 77; Coelho da Rocha, *Instituições...*, § 697, nota GG.
- ⁴⁴⁴ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 503; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.085.
- ⁴⁴⁵ Vitali, *Delle Successioni...*, vol. III, 2.138.
- ⁴⁴⁶ Mello Freire, *Institutiones Iuris Civilis Lusitani*, Livro III, Título VII, último parágrafo; Gouvêa Pinto, *Testamentos e Sucessões*, Capítulo 41, última nota.
- ⁴⁴⁷ Teixeira de Freitas, *Consolidação das Leis Civis*, nota 22, ao art. 1.008; Corrêa Telles, *Digesto Português*, vol. III, arts. 1.745 e 1.746.
- ⁴⁴⁸ Coelho da Rocha, loc. cit.
- ⁴⁴⁹ De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. VII, vol. II, nº 1.289.
- ⁴⁵⁰ Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 831. Para o Código Civil atual, Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.942, nº 3.
- ⁴⁵¹ Clóvis Beviláqua, § 77; Itabaiana de Oliveira, nº 501.
- ⁴⁵² Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 507; Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 77; Coelho da Rocha, ob. cit., § 697.
- ⁴⁵³ De acordo: Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.942, nº 1.
- ⁴⁵⁴ Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 132.
- ⁴⁵⁵ Veja-se o acórdão da 3ª Turma do STJ no REsp nº 489.072-SP (julgado em 02.12.2003).
- ⁴⁵⁶ De Page, ob. cit., nº 1.274.
- ⁴⁵⁷ Vitali, *Delle Successioni...*, vol. III, nº 2.172.

- ⁴⁵⁸ De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. VIII, vol. II, nº 940.
- ⁴⁵⁹ Veja-se, no entanto, a posição do atualizador no nº 448-B deste volume.
- ⁴⁶⁰ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.289; Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 364.
- ⁴⁶¹ No direito italiano, diversamente do nosso, a deserção somente diz respeito a herdeiros legítimos *não legitimários*: cf. Mario Calogero, *Disposizioni generali sulle successioni*, pág. 72; Cian – Trabucchi, *Commentario breve al Codice civile*, 8ª ed., 2007, nota nº 12 ao art. 587.
- ⁴⁶² Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, ao art. 1.741.
- ⁴⁶³ Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. III, nº 655.
- ⁴⁶⁴ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.293; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 1.961; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.961, nºs 16 e 32.
- ⁴⁶⁵ Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 296; Zeno Veloso, ob. cit., com. ao art. 1.961, nº 36.
- ⁴⁶⁶ Ferreira Alves, loc. cit.; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. II, nº 372; Zeno Veloso, ob. cit., loc. cit.
- ⁴⁶⁷ Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 185.
- ⁴⁶⁸ Tem razão Sílvio de Salvo Venosa (*Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 18.4, pág. 330) ao dizer que, no caso, o fenômeno é de *ineficácia*, e não de nulidade.
- ⁴⁶⁹ Zeno Veloso, *Comentários...*, pág. 337, também admite o equívoco do art. 1.965, parágrafo único, sugerindo, no entanto, que a contagem do prazo se faça, em qualquer caso, a partir *da abertura da sucessão*. O atualizador deste volume (reformando opinião manifestada em edição anterior, segundo a qual o quadriênio deveria ser contado a partir “da apresentação da cédula em juízo”) prefere aderir à solução indicada no texto e proposta por Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 18.4, pág. 329, e por Mario Roberto Carvalho de Faria, atualizador de Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 185.
- ⁴⁷⁰ A observação (que, ao ver do atualizador deste volume, conserva sua atualidade) constava da obra de Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 184 (nas edições anteriores ao Código Civil de 2002). Na 12ª ed., todavia, foi ela suprimida (cf. seu nº 188, pág. 231). E não foi reincluída em edições posteriores (na 15ª, cf. seu nº 188). No sentido da subsistência dos legados, Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, *Curso de Direito Civil*, vol. 6, pág. 267.
- ⁴⁷¹ Pacífica a doutrina sobre o ponto: Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, “Deserção e exclusão da sucessão”, pág. 367; Zeno Veloso, *Comentários...*,

- pág. 329; Sílvia de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 18.4, pág. 332.
- ⁴⁷² Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, ob. cit., págs. 366-367.
- ⁴⁷³ Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.961, nº 21.
- ⁴⁷⁴ Cf. a este respeito: Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 2.171; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.000; Orosimbo Nonato, ob. cit., vol. II, nº 588, pág. 277; Carlos Maximiliano, ob. cit., vol. II, nº 779; Larombière, *Obligations*, vol. 3, pág. 2; Vitali, ob. cit., vol. III, pág. 122; Planiol, Ripert et Trasbot, *Traité Pratique*, vol. 5, pág. 892.
- ⁴⁷⁵ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.290.
- ⁴⁷⁶ Carlos Maximiliano, nº 1.311; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 1.961.
- ⁴⁷⁷ Orlando Gomes, ob. cit., nº 188; Carlos Maximiliano, nº 1.308; Orosimbo Nonato, vol. II, nº 514; Itabaiana de Oliveira, vol. II, nºs 349 e 375; Sílvia Rodrigues, *Direito Civil*, vol. 7, nº 126; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 1.961; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.961, nº 28; Sílvia de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 18.6.1.
- ⁴⁷⁸ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 100.
- ⁴⁷⁹ Vitali, *Delle Successioni Testamentaire e Legittime*, vol. IV, nº 9, pág. 334.
- ⁴⁸⁰ Francesco Degni, *La Successioni a Causa di Morte*; vol. II, pág. 165; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.317; Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 1.200.
- ⁴⁸¹ Antonio Cicu, *El Testamento*, pág. 203; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 226.
- ⁴⁸² Carlos Maximiliano, ob. cit., vol. III, nº 1.316; Lacerda de Almeida, *Sucessões*, pág. 500, nota 4; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire*, vol. III, nº 2.068; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 225.
- ⁴⁸³ Alain Sériaux, *Les Successions...*, nº 85; Pierre Voirin e Gilles Goubeaux, *Droit Civil*, t. 2, nº 774, pág. 351.
- ⁴⁸⁴ Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 227; Giuseppe Azzariti, “*Della revocazione delle disposizione testamentarie*”, pág. 315.
- ⁴⁸⁵ Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, ao art. 1.746; Ferreira Alves, *Direito das Sucessões*, in *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 316; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 2.070; Colin et Capitant, vol. III, nº 1.202; Vitali, pág. 346. Para o novo Código Civil, Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários*, com. ao art. 1.969; Zeno Veloso, *Comentários...*,

- com. ao art. 1.862, nº 5.
- ⁴⁸⁶ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.321; Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. IV, nº 12.
- ⁴⁸⁷ Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.038.
- ⁴⁸⁸ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 100; Ruggiero e Maroi, ob. cit., § 101; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 22; Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 325.
- ⁴⁸⁹ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 678; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 100.
- ⁴⁹⁰ Clóvis Beviláqua, loc. cit.; Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 192; Vitali, *Delle Successioni...*, vol. IV, nº 171, pág. 498. Para o novo Código Civil, Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários*, comentário ao art. 1.969, pág. 660: “Se, porém, o testador pretender reviver o testamento revogado, só pode consegui-lo por meio de um novo testamento.”
- ⁴⁹¹ BGB, § 2.257; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 21.
- ⁴⁹² Planiol, Ripert *et* Boulanger, ob. cit., nº 2.090; Vitali, *Delle Successioni...*, vol. IV, nº 173, pág. 501. Contra, porém, Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 233, pág. 557.
- ⁴⁹³ Clóvis Beviláqua, *Comentários* ao art. 1.747; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.326; Ferreira Alves, ob. cit., nº 331.
- ⁴⁹⁴ Planiol, Ripert *et* Boulanger, ob. cit., nº 2.079.
- ⁴⁹⁵ Antonio Cicu, *El Testamento*, pág. 210.
- ⁴⁹⁶ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 679.
- ⁴⁹⁷ De Page, *Traité...*, Tomo. VIII, vol. II, nº 1.196.
- ⁴⁹⁸ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 21.
- ⁴⁹⁹ Cf., a propósito desta modalidade de revogação; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 21.
- ⁵⁰⁰ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 679.
- ⁵⁰¹ Carlos Maximiliano, ob. cit., nºs 1.335 e 1.337; Ferreira Alves, ob. cit., nº 333.
- ⁵⁰² Colin *et* Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 1.206-C.
- ⁵⁰³ Carlos Maximiliano, nº 1.339.
- ⁵⁰⁴ Colin *et* Capitant, ob. cit., nº 1.205-B.
- ⁵⁰⁵ Em julgamento iniciado em 02 de outubro de 2007 e concluído (em razão de sucessivos pedidos de vista) quase três anos depois, a 3ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, em acórdão majoritário (REsp. nº 985.093-RJ), reputou

inaplicável o art. 1.750 do Código Civil de 1916 (correspondente ao atual art. 1.973) a uma hipótese – bastante singular – na qual um testador sem herdeiros necessários, apesar de ter manifestado, no ato de última vontade, o desejo de adotar determinada pessoa, somente o fez nove anos depois, mediante o procedimento judicial previsto no Estatuto da Criança e do Adolescente. Entendeu-se, no julgado, que a superveniente adoção não acarretara, nas circunstâncias, o rompimento do testamento, porque “o novo herdeiro, que sobreveio, (...), já era conhecido do testador que expressamente o contemplou no testamento e ali consignou, também, a sua intenção de adotá-lo” (excerto da ementa). Os votos vencidos acolhiam o recurso do filho adotivo para reconhecer o rompimento, ao argumento básico de que “a simples vontade do *de cujus* [declarada no testamento] de adotar o recorrente não gera filiação”; portanto, “o testador não tinha filho quando testou”. No julgamento dos subsequentes embargos de declaração (somente concluído em 13.03.2012), a Turma, também por maioria, manteve íntegro o acórdão, vencida, na oportunidade (assim como no anterior julgamento), a Ministra Nancy Andrighi, que os acolhia para prover o recurso especial, argumentando que “a relação jurídica paterno-filial entre o adotante e o adotado não advém do nascimento, sendo estabelecida apenas com o trânsito em julgado da sentença de adoção. Antes disso, aquele que se pretende adotar não é filho do adotante, mantendo ainda vínculos de parentesco com o núcleo familiar anterior”.

⁵⁰⁶ Não incide o art. 1.973 se o testador, ao tempo da elaboração do testamento, já tinha filho (biológico ou não), sobrevivendo-lhe outro(s): cf. Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.973, nºs 6 e 17. Já era esse o entendimento acerca do art. 1.750 do anterior Código Civil: cf. Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.349; Orosimbo Nonato, *Estudos...*, vol. I, nº 128.

⁵⁰⁷ Antonio Cicu, *El Testamento*, pág. 223. Parece ser também a opinião de Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 234, o qual, após rejeitar que aqui se trate de revogação em sentido próprio ou de invalidade superveniente, descreve o fenômeno como de “ineficácia sucessiva”.

⁵⁰⁸ Ruggiero e Maroi, ob. cit., § 101.

⁵⁰⁹ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 669.

⁵¹⁰ Ruggiero e Maroi, loc. cit.

⁵¹¹ Vitali, *Delle Successioni...*, vol. IV, nºs 198, 259.

⁵¹² Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 669.

⁵¹³ *Idem*, ob. cit., nº 706.

⁵¹⁴ Orosimbo Nonato, *Estudos sobre Sucessão Testamentária*, vol. II, nº 665.

- ⁵¹⁵ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.198; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 1.967, pág. 649.
- ⁵¹⁶ Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nº 927.
- ⁵¹⁷ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.198; Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 665; Planiol, Ripert, *Traité Pratique*, vol. V, nº 101; Vitali, *Delle Successioni...*, vol. V, nº 162. Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.967, nº 2.
- ⁵¹⁸ Vitali, ob. cit., nº 160.
- ⁵¹⁹ Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, ob. cit., nº 924.
- ⁵²⁰ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.199.
- ⁵²¹ Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 212.
- ⁵²² Irmãos Mazeaud, nº 930.
- ⁵²³ Ferreira Alves, ob. cit., nº 223. Para o novo Código Civil, Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 1.967.
- ⁵²⁴ Carlos Maximiliano, ob. cit., vol. III, nº 1.196; Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. V, nº 186.
- ⁵²⁵ Orosimbo Nonato, ob. cit., nº 669; Hermenegildo de Barros, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, nº 37; Carlos Maximiliano, ob. cit., vol. II, nº 1.203.
- ⁵²⁶ Planiol *et* Ripert, *Traité Pratique*, vol. V, nº 100; Vitali, ob. cit., nº 164.
- ⁵²⁷ Carlos Maximiliano, ob. cit., vol. III, nº 1.199. De acordo, já na vigência do novo Código Civil, Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 1.967.
- ⁵²⁸ Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. IV, ao art. 1.176; Hermenegildo de Barros, in *Manual Lacerda*, vol. XVIII, nº 35; Orosimbo Nonato, ob. cit., vol. II, nº 666; Eduardo Espínola, *Dos Contratos Inominados no Direito Brasileiro*, pág. 156, nota 48.
- ⁵²⁹ V., *supra*, nº 234, vol. III, e cf. Carlos Maximiliano, vol. III, nº 1.201. Sobre a evolução do direito brasileiro quanto ao ponto (até o Código Civil de 2002), veja-se Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 2.004.
- ⁵³⁰ Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nº 925.
- ⁵³¹ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. II, nº 708.
- ⁵³² Carlos Maximiliano, ob. cit., vol. III, nº 1.213.
- ⁵³³ Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, pág. 762, acentua que “aquilo que vai à colação é o valor, e não o bem” (comentário ao art. 2.004).
- ⁵³⁴ *Idem*, ob. cit., pág. 765 e nota nº 1.144.
- ⁵³⁵ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. XLVI, § 5.019, nº 6.

- ⁵³⁶ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 707.
- ⁵³⁷ Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 68.
- ⁵³⁸ Carlos Maximiliano, ob. cit., vol. II, nº 718.
- ⁵³⁹ Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 73.
- ⁵⁴⁰ Ferreira Alves, *Manual Lacerda*, vol. XIX, nº 77.
- ⁵⁴¹ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 22.
- ⁵⁴² Orlando Gomes, ob. cit., nº 120.
- ⁵⁴³ Para Rolf Madaleno, “Testamentos inválidos...”, pág. 291, o art. 1.909 seria “dispensável (...) diante da regra geral do art. 171”. Vejam-se, no entanto, as observações contidas na subseqüente nota.
- ⁵⁴⁴ Não se aplicam ao testamento, porém, as normas da Parte Geral incompatíveis com a natureza do ato de última vontade, como são todas aquelas cuja incidência pressuponha negócios *bilaterais* (v.g., arts. 147 e 150), bem assim as que exigem, na configuração do vício, alguma característica subjetiva de um *destinatário* da declaração (art. 138). A propósito, vale, para o direito brasileiro, a observação de Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 21, segundo o qual nem toda regra da Parte Geral (relativa ao *negócio jurídico*) é aplicável em matéria testamentária: “Não o é evidentemente quando uma regra especial a afastar; mas não o é também quando, mesmo na ausência de regra especial, a natureza e o regime geral do negócio testamentário a repelirem. Isto obriga a uma valoração caso por caso, na qual reside um dos aspectos mais delicados do estudo desta matéria”.
- ⁵⁴⁵ Orosimbo Nonato, *Estudos...*, vol. I, nº 340; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, §§ 5.679, nº 4, e 5.686.
- ⁵⁴⁶ Pontes de Miranda, ob. cit., t. cit., § 5.685, nº 3.
- ⁵⁴⁷ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., vol. II, nº 674 e nota nº 1.489; Pontes de Miranda, ob. cit., t. cit., § 5.685, nº 3.
- ⁵⁴⁸ Pontes de Miranda, ob. cit., t. cit., § 5.681, nºs 1 e 2; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. I, nº 185.
- ⁵⁴⁹ Nelson Nery Júnior, *Vícios do Ato Jurídico e Reserva Mental*, nº 7.1.2, com indicações bibliográficas na pág. 73, nota nº 166, às quais é possível acrescentar Lina Bigliazzi Geri, “*La volontà nel testamento e l’interpretazione*”, págs. 107-108, e Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 53.
- ⁵⁵⁰ Paul Piotet, *Traité de Droit Civil Suisse*, t. IV, § 42.
- ⁵⁵¹ Nelson Nery Júnior, ob. cit., nº 8.4.6; Roberto Triola, *Il Testamento*, págs. 305 e segs. A questão referente aos meios de prova admissíveis é, todavia, controvertida: cf. Cicu, *El Testamento*, pág. 179; Mara Magagna, “*Simulazione e*

- disposizione fiduciaria*”, in *La Ricostruzione della Volontà Testamentaria*, org. por Umberto Vincenti, págs. 319-320; Lina Bigliazzi Geri, ob. cit., pág. 108.
- ⁵⁵² Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 669.
- ⁵⁵³ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 22.
- ⁵⁵⁴ Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 968; De Page, *Traité Élémentaire*, t. VIII, vol. II, nº 1.183.
- ⁵⁵⁵ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nºs 673 e 675.
- ⁵⁵⁶ Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 22.
- ⁵⁵⁷ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 718; Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, ao art. 1.760.
- ⁵⁵⁸ Cf. a respeito da responsabilidade notarial pela anulação do testamento: Vitali, *Delle Successioni...*, vol. IV, nºs 270 a 331, págs. 591 e segs.; F. Dubas, *La Responsabilité Notariale*, págs. 130 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. I, nº 408.
- ⁵⁵⁹ Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 1.859, nº 1; Sebastião Luiz Amorim, *Código Civil Comentado*, com. ao art. 1.859; Sílvio de Salvo Venosa, *Comentários...*, com. ao art. 1.859.
- ⁵⁶⁰ “Impugnar a validade é pedir a declaração de nulidade ou requerer a anulação do testamento” (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 1.859). No mesmo sentido, Zeno Veloso, ob. cit., loc. cit.; Sebastião Luiz Amorim, ob. cit., loc. cit.
- ⁵⁶¹ Zeno Veloso, ob. cit., com. ao art. 1.909.
- ⁵⁶² Zeno Veloso, ob. cit., com. ao art. 1.859, nº 2; Sílvio de Salvo Venosa, *Comentários...*, pág. 276.
- ⁵⁶³ Acerca do testamento *inexistente* (ou *aparente*), Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 45; Cicu, *El Testamento*, págs. 171 e segs.; Paul Piotet, *Traité...*, t. IV, § 42; Antônio Junqueira de Azevedo, *Negócio Jurídico: Existência, Validade e Eficácia*, pág. 24; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LVI, § 5.684, nºs 1 e 2; Zeno Veloso, ob. cit., com. ao art. 1.859, nº 5.

PARTE QUARTA

DA LIQUIDAÇÃO DA HERANÇA

CAPÍTULO CXII

INVENTÁRIO

Sumário

480. Início do inventário. Administração provisória da herança. **481.** Herdeiros e cessionários. **482.** Herdeiro único. Adjudicação. **482-A.** Cumulação de inventários.

Bibliografia

Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 103 e segs.; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. I, nº 109, e vol. III, nºs 772 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nºs 1.422 e segs.; Orlando Gomes, *Sucessões*, 15ª ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, nºs 224 e segs.; Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nºs 2.772 e segs.; Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nºs 1.600 e segs.; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. IX, nºs 1.005 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, § 83; Enneccerus, Kipp *y* Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 75; Astolpho Rezende, *Manual do Código Civil Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. XX, nºs 22 e segs.; Anna Maria Villela, *Transmission d'Hérédité en Droit Brésilien et en Droit*

Français, págs. 62 e segs.; Vittore Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. VI, nºs 311 e segs; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, 40ª ed., Forense, 2008, vol. III; Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários ao Código de Processo Civil* [de 1973], 3ª ed., 2ª tiragem, Forense, 2006, t. I, vol. IX.

480. INÍCIO DO INVENTÁRIO. ADMINISTRAÇÃO PROVISÓRIA DA HERANÇA

A matéria que envolve esta quarta parte (*Da Liquidação da Herança*) compreende noções de direito substancial como de direito formal. E, obviamente, encontra disciplina no Código Civil e no Código de Processo Civil. A interpretação normativa não significa, entretanto, indecisão conceitual. Cabe ao Direito Civil ordenar o que concerne à definição dos direitos e dos deveres; e ao Direito Processual regular o modo de exercê-los. Nesta exposição, que se desdobra em três capítulos (“Inventário”, o primeiro; “Andamento Processual”, o segundo; e “Partilha”, o terceiro), tomamos o cuidado de evitar a migração para o campo processual. Mas não deixamos de apelar para o Direito Judiciário, em tudo que seja complementar da normação civil.

Inventário (derivado do verbo *invenire*, que significa “achar, encontrar”) é o meio técnico de anotar e registrar o que “for encontrado”, pertencente ao morto, para ser atribuído aos seus sucessores.

Inventário judicial. A presença da matéria procedimental na “liquidação da herança” é uma constante. Antes da unificação do processo, o assunto não encontrava sistematização uniforme em nosso direito. Alguns Códigos processuais (Minas, Distrito Federal) o impunham. Outros silenciavam, e tal omissão refletia incerteza, especialmente quando os interessados, todos capazes, operavam a partilha por escrito público ou particular, ou quando o *pater familias* promovia-a em vida.

Em outros sistemas, e também em nosso direito anterior ao Código Civil de 1916, o inventário judicial é facultativo no caso de serem todos maiores e capazes, como ainda no de ser ínfimo o valor do espólio.¹

O Código de Processo Civil de 1939 encerrou então qualquer dúvida,

estatuindo o inventário judicial, ainda que os herdeiros fossem capazes (art. 465), orientação também seguida no de 1973, em sua redação original (art. 982). O Código Civil de 2002 reafirmou a obrigatoriedade do inventário judicial, ao dispor que mesmo a partilha amigável subscrita por herdeiros capazes haveria de ser homologada pelo juiz (art. 2.015); a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007 (que alterou disposições do Código de Processo Civil então em vigor), passou a permitir, todavia, o inventário e a partilha por escritura pública, quando não houver testamento ou herdeiro incapaz. A mesma solução foi adotada no Código de Processo Civil de 2015 (art. 610, §§ 1º e 2º).

Os prazos para a abertura e conclusão do processo de inventário são aqueles indicados no art. 611 do novo CPC. Tais prazos podem ser prorrogados pelo juiz, de ofício ou a requerimento da parte, como previsto no mesmo dispositivo legal.

Nem o advento do Código Civil de 2002, nem o do novo Código de Processo Civil produzem, porém, a revogação da anterior legislação extravagante que, em caráter excepcional, possibilita o recebimento de créditos do *de cuius* mediante a exibição de mero alvará judicial, independentemente de inventário: é o caso da Lei nº 6.858, de 24 de novembro de 1980,² regulamentada pelo Decreto nº 85.845, de 26 de março de 1981, que dispôs sobre o pagamento, aos dependentes ou sucessores, de valores não recebidos em vida pelos respectivos titulares, quando devidos pelos empregadores, ou oriundos de FGTS e PIS-PASEP. É também o caso da Lei nº 8.213/91, cujo art. 112 prevê o pagamento aos dependentes habilitados ou aos sucessores, definidos na lei civil, de benefício previdenciário não recebido em vida pelo segurado da Previdência Social, independentemente de inventário ou arrolamento.

Qualquer pessoa, que tenha legítimo interesse, é apta a requerer a abertura do inventário: o cônjuge sobrevivente; o companheiro ou a companheira; o herdeiro, o legatário ou o cessionário de um ou de outro; o credor do herdeiro, do legatário ou do autor da herança; o testamenteiro; o curador do herdeiro interdito, na qualidade de seu representante; o administrador judicial da falência do herdeiro, do legatário, do autor da herança ou do cônjuge ou companheiro sobrevivente; o órgão do Ministério Público, se houver herdeiro incapaz; e, finalmente, o representante da Fazenda Pública, quando tiver

interesse (novo Código de Processo Civil, art. 616). Tem legitimação concorrente aquele que, não sendo nenhuma das pessoas antes indicadas, estiver, porém, na posse e administração do espólio (novo Código de Processo Civil, art. 615). Não se estabelece, todavia, uma gradação em sucessividade. Ao revés, trata-se de legitimação concorrente, de que todos são investidos.

Foro e juízo do inventário – O inventário é aberto no *foro do último domicílio* do finado, ainda que todos os interessados residam em localidades diversas (Código Civil de 2002, arts. 1.785 e 1.796; novo Código de Processo Civil, art. 48). No caso em que o autor da herança não tinha domicílio certo, é competente o foro da situação dos bens imóveis; se houver bens imóveis em foros diferentes, qualquer destes; e, se não houver bens imóveis, o local de qualquer dos bens do espólio (novo Código de Processo Civil, art. 48, parágrafo único).

Se o *de cuius* (aquele de cuja sucessão se trata – *is de cuius successione agitur*) teve diversos domicílios, todos seriam, em princípio, hábeis a determinar a competência para o processamento do inventário. Nesse caso, prevalece o princípio da prevenção, considerando-se competente o foro onde foi primeiro requerido.³ Assim se decidirá o conflito de competências acaso armado, em face da pluralidade de requerimentos.

Na definição do que seja *domicílio*, e dos casos peculiares de domicílio necessário e legal, reportamo-nos ao que já ficou explicado (nº 63, *supra*, vol. I).

De acordo com o Código de Processo Civil (art. 48), o foro do domicílio do *de cuius*, no Brasil, é o competente para o inventário, a partilha, a arrecadação, o cumprimento das disposições de última vontade, a impugnação ou anulação de partilha extrajudicial e para todas as ações em que o espólio for réu, ainda que o óbito tenha ocorrido no estrangeiro. Firmada, então, a competência *de foro*, caberá definir o juízo do inventário, de acordo com as normas locais de organização judiciária. Havendo, no foro competente, mais de um juízo dotado de competência em razão da matéria, a um deles será distribuído o inventário (novo Código de Processo Civil, art. 284).

Na sistemática da lei processual agora em vigor, deve ser lida com cautela a afirmação, presente em obras mais antigas, segundo a qual o juízo do inventário é *universal* em razão da unidade da sucessão.⁴ O art. 612 do Código

de Processo Civil permite ao juiz do inventário decidir “*todas as questões de direito desde que os fatos relevantes estejam provados por documentos, só remetendo para as vias ordinárias as questões que dependerem de outras provas*”. A despeito da má redação, deve-se entender que, no processo de inventário, cabe ao juiz decidir *todas* as questões de direito (por exemplo, aquelas relativas à interpretação de texto legal concernente à ordem de vocação hereditária), bem assim as que, sendo de fato, dependam, para sua resolução, de prova exclusivamente documental. As demais questões não são passíveis de resolução no próprio inventário, mas apenas nas “*vias ordinárias*”, isto é, em outros processos, a serem especificamente instaurados para a resolução de questões *de fato* relevantes na sucessão (por exemplo: ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, proposta por quem se afirma herdeiro; ação anulatória de testamento ou de alguma de suas cláusulas, fundada no art. 1.909 do Código Civil; ação de cobrança movida por credor do *de cuius*, cuja habilitação foi rejeitada). A competência para o julgamento de tais ações pode *ou não* ser atribuída ao próprio juízo do inventário: a matéria é de organização judiciária.

O Código de Processo Civil de 2015 seguiu a orientação do anterior (de 1973) e situou o processo de inventário entre os procedimentos especiais de *jurisdição contenciosa*, e não entre os da chamada *jurisdição voluntária* (cf, *supra*, neste volume, “Introdução”); assim, ao menos *de lege lata*, o inventário não mais pode ser incluído, como outrora se fazia,⁵ entre os procedimentos “administrativos”, ou de *jurisdição “graciosa”*, expressões que doutrinariamente equivalem à chamada *jurisdição voluntária*. E embora continue a ser verdadeira a afirmação de que no inventário não há autor nem réu,⁶ não se poderá deixar de reconhecer, à luz de uma opção claramente feita pelo legislador processual, que o pedido de abertura do processo de inventário acarreta a instauração de processo de natureza *contenciosa*.

Inventariante e administrador provisório. Se o inventariado fora casado em regime de comunhão de bens, todo o acervo conjugal constituía uma universalidade, possuída em comum pelos cônjuges, e pertencente em propriedade a ambos, posto que administrada pelo marido, ou eventualmente pela mulher.

Falecendo um deles, a posse da herança continua com o outro. No antigo

direito pátrio, dizia-se que o marido continuava com a posse velha que antes tinha (*Ordenações*, Livro IV, Título 95, pr.), e, se finado era ele, a mulher também se considerava possuidora, assumindo, portanto, a administração dos bens comuns e partíveis.⁷

No sistema do Código Civil de 1916 (art. 1.579), denominava-se *cabeça de casal* o cônjuge sobrevivente que estava na posse e na administração dos bens da herança, e que dava partilha aos herdeiros.⁸ O Código Civil de 2002 (art. 1.797) não repete, porém, a expressão, indicando as pessoas às quais caberá a *administração provisória* da herança até o compromisso do inventariante, de acordo com a seguinte ordem: (a) ao cônjuge ou companheiro, se com o *de cuius* convivia ao tempo da abertura da sucessão; (b) ao herdeiro que estiver na posse e administração dos bens, e, se houver mais de um nessas condições, ao mais velho; (c) ao testamenteiro; (d) à pessoa de confiança do juiz, na falta ou escusa das anteriores, ou quando estas tiverem de ser afastadas por motivo grave levado ao conhecimento do juiz. Assinado o compromisso de inventariante, a este caberá a administração da herança, até a homologação da partilha (Código Civil, art. 1.991; novo Código de Processo Civil, art. 618, nº I). Portanto, a administração do acervo hereditário exercida pelas pessoas a que aludem o art. 1.797 do Código Civil e os arts. 613 e 614 do novo Código de Processo Civil, precede à do inventariante, o qual, dependendo das circunstâncias, poderá ser ou não o próprio administrador temporário.

A continuidade administrativa do patrimônio aconselha, efetivamente, que o cônjuge supérstite, como administrador provisório, e conhecedor de todos os bens e encargos, de todos os direitos e deveres, assuma posteriormente a inventariança, de que somente será afastado em havendo motivo relevante e grave. No regime do Código Civil de 1916, a condição para que se considerasse o cônjuge sobrevivente *cabeça de casal*, com a posse da herança até a partilha, era dupla: ser casado em regime de comunhão de bens, e, se fosse a mulher, estar vivendo com o marido por ocasião da morte deste.⁹ No sistema do Código Civil atual, já não mais prevalece a exigência relativa ao regime de bens para que se reconheça ao cônjuge sobrevivente a qualidade de *administrador provisório* da herança, bastando a convivência ao tempo do óbito (art. 1.797, nº I); no tocante à *inventariança*, admite-se que o cônjuge sobrevivente a exerça, qualquer que seja o regime de bens, exigida, porém,

aquela mesma convivência (Código de Processo Civil, art. 617, nº I). No tocante ao companheiro, o Código Civil de 2002 lhe reconhece expressamente a possibilidade de exercer a administração provisória da herança, nas mesmas condições do cônjuge; e, na vigência desse diploma, já não mais poderão subsistir dúvidas quanto à possibilidade de o companheiro exercer também a inventariança, dada sua condição de herdeiro (art. 1.790), em concorrência ou não com parentes do falecido. A Lei nº 12.195/2010, que alterou a redação do art. 990, nºs II e III, do Código de Processo Civil de 1973, explicitou a possibilidade (já reconhecida em edições anteriores desta obra) de nomeação do companheiro para exercer a inventariança. O único requisito legal à nomeação reside na subsistência da união ao tempo do óbito do *de cuius*. O art. 617 do novo Código de Processo Civil mantém essa orientação.

Reunindo os requisitos de administrador provisório da herança, e assim compromissado como inventariante, o cônjuge ou o companheiro não será destituído se convolar a novas núpcias.

A expressão *cabeça de casal*, empregada no Código Civil de 1916, mas não mantida no de 2002, não significava “chefe de família”, porém traduzia a condição de se encontrar na posse e administração dos bens.¹⁰

No caso de separação judicial ou de divórcio, já se processara em vida a partilha do acervo comum, formando os bens de cada cônjuge um patrimônio apartado, na propriedade, na posse e administração de cada qual. A morte de um deles não faz reaparecer interesse do outro em relação aos bens. Não cabe, pois, a função de inventariante ao sobrevivente, se eram legalmente separados (CPC de 2015, art. 617, nº I).

Inventariante não é, portanto, necessariamente aquele a quem tocará a administração provisória da herança (Código Civil, art. 1.797). Confundem-se as duas situações, quando o administrador assume a inventariança. Mas pode ocorrer que o administrador não se torne inventariante, ou pode ser nomeado inventariante quem não tenha exercido aquela administração temporária.

Não se deferindo ao cônjuge sobrevivente as funções de inventariante, competirão ao herdeiro, recaindo a preferência naquele que se achar na posse e administração dos bens, ou no mais idôneo.

Cabe a inventariança ao testamentário na falta de cônjuge ou de herdeiro, ou quando o testador lhe conceder a posse e a administração dos bens

(*testamenteiro universal*).

Se faltar quem tenha as condições legais de exercer o cargo, ou se houver conveniência no afastamento, o juiz nomeará o inventariante judicial, se houver, ou, na sua falta, pessoa estranha idônea (inventariante *dativo*: Código de Processo Civil, art. 617, n^{os} VII e VIII), com o qual correrá o processo sob supervisão do próprio juiz e audiência dos herdeiros. Mas a ele não se confere a representação da herança, incumbindo-lhe tão somente os atos de defesa do acervo confiado à sua administração.

Caracterização jurídica do inventariante. O inventariante é um administrador da herança.¹¹ Não assume a condição de mandatário dos credores ou dos herdeiros, pois bem pode acontecer que estes tenham representantes diversos e próprios, e não é raro ocorrer conflito entre uns e outros. No correr do processo de inventário, os atos praticados pelo inventariante estão sob fiscalização dos herdeiros, que poderão aprová-los ou impugná-los, a seu exclusivo arbítrio. Aventou-se, ainda, a teoria do “mandato legal” para explicá-lo, atendendo a que recebe seus poderes da lei e cumpre função auxiliar da justiça.¹² Não resta dúvida, porém, de que é um administrador de bens, e tem *ex vi legis* a representação legal da herança (Código de Processo Civil de 2015, art. 75, n^o VII). Pelo fato de ser um administrador de bens alheios, submete-se às normas de direito comum a isto aplicáveis.

A lei, entretanto, impõe-lhe deveres peculiares à função, como lhe reconhece direitos igualmente especiais, que veremos em conjunto sendo as suas *atribuições*.

Atribuições do inventariante. Já vimos que em direito moderno o espólio não é dotado de personalidade jurídica, ao contrário do que se dava no Romano com a *hereditas iacens* (n^o 435, *supra*). Não obstante isto, o inventariante tem a *representação ativa e passiva da herança* (CPC, art. 75, n^o VII). É o que se pode denominar “representação anômala”, pelo fato de haver o “representante”, mas não existir a “pessoa do representado”. Nessa qualidade, intentará as ações que visem à defesa dos bens e segurança dos direitos hereditários; e será citado para as que se ajuízem contra o espólio, que lhe cumpre defender.

Para as ações de domínio, ou quaisquer outras que percutam no direito dos

herdeiros individualmente, serão estes citados sob pena de nulidade.¹³ Quando for dativo o inventariante, todos os herdeiros e sucessores serão intimados nas ações em que o espólio for parte (Código de Processo Civil de 2015, art. 75, § 1º).

Como representante do espólio, o inventariante administra todos os bens, recebe créditos, paga débitos líquidos e exigíveis; aliena as coisas a isto destinadas, e as que necessitem ser, precedendo autorização do juiz. Celebra contratos. Faz despesas. Exerce todos os poderes de administração ordinária, mas necessita de outorga judicial expressa para os que dela exorbitem.

Sequestro. Era frequente, e por motivação variada, o sequestro dos bens do espólio. Hoje tornou-se raro, e somente se defere à vista de irregularidade que ponha em risco os direitos dos herdeiros, como, por exemplo: se algum deles detiver a posse dos bens do morto, recusando-se a entregá-lo ao inventariante; se o inventariante removido os conservar em seu poder depois de intimado a passá-los a quem o substituir; se mais de um herdeiro pretender a posse da herança sem que o juiz tenha elementos para resolver de plano a questão, e houver receio de que os contendores recorram à violência.¹⁴

Relação dos herdeiros. Especificamente, é dever do inventariante relacionar e individuar os herdeiros e legatários; convocá-los; apresentar, arrolar e descrever minuciosamente os bens da herança; separar as coisas alheias em poder do inventariado; dá-los à avaliação; promover o recolhimento dos tributos incidentes sobre os bens da herança e os devidos pela sua transmissão aos herdeiros; submeter ao juiz o plano de partilha; custear o processo, movimentando, para isto, o numerário existente ou que seja arrecadado.

Alienação de bens da herança. O inventariante é um administrador, conforme visto acima, e, como tal, recebe os poderes de gestão, tendo sob sua guarda todo o acervo. Como tal, não é munido de poderes de disposição. Não tem a faculdade de alienar os bens do espólio, móveis ou imóveis. Excepcionalmente, entretanto, deverá vender os frutos e aqueles bens que, por sua natureza, se destinem a isto. Quanto aos demais, somente poderá dispor do que seja necessário para ocorrer aos encargos do monte (pagamento de dívidas, recolhimento de impostos), ou para evitar deterioração ou perecimento. Nos casos em que haja de vender, cumpre-lhe munir-se do

alvará respectivo, que o juiz mandará expedir após audiência dos interessados (novo Código de Processo Civil, art. 619, nº I). Mas em nenhum caso poderá alienar gratuitamente.¹⁵ A venda de bens inventariados sem autorização judicial deve considerar-se nula.¹⁶

A sanção para o inadimplemento dos deveres do inventariante é dupla: *a)* de um lado a responsabilidade na forma do direito comum, com o dever do ressarcimento dos danos causados, pagamento dos juros pelas importâncias que usar em proveito próprio, e demais cominações impostas a quem tem o encargo de gerir patrimônio alheio, mesmo que seja nele parcialmente interessado; *b)* de outro lado, a *remoção*, por decisão do juiz, *ex officio* ou a requerimento de herdeiro (novo Código de Processo Civil, art. 622).

Tem ele, em contrapartida, direito ao reembolso do que despende no interesse de todos. Não lhe cabe, porém, remuneração pelos encargos da inventariança, salvo se for dativo,¹⁷ ou, no caso do inventariante judicial, de acordo com a tabela de custas, aprovada pelo tribunal respectivo (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários ao Código de Processo Civil* [de 1973], comentário ao art. 990, nº 24).

Cabe-lhe, ainda, dar contas aos herdeiros, quando findo o inventário ou, antes disto, se deixar o cargo pela renúncia ou destituição, ou sempre que o juiz lhe determinar (novo Código de Processo Civil, art. 618, nº VII).

481. HERDEIROS E CESSIONÁRIOS

Os herdeiros, legítimos ou testamentários, são os principais interessados na liquidação da herança. Por isso, aberto o inventário, e deferido ao inventariante o compromisso de bem servir, os herdeiros deverão comparecer, *sponte sua*, ou mediante citação (novo Código de Processo Civil, art. 626), constituindo procuradores que os representem. A escolha, obviamente, há de recair em quem tenha habilitação legal para postular em juízo. Nada impede, antes revela-se conveniente à boa marcha processual, que da representação de todos os interessados seja incumbido o mesmo advogado do inventariante.

Todos os atos do inventário devem ser acompanhados pelos herdeiros legítimos como testamentários, aos quais a posse e a propriedade da herança transmitem-se desde o momento da abertura da sucessão, embora a

administração do espólio compita ao inventariante.

A audiência dos herdeiros é necessária em tudo que condiga com os seus interesses: descrição dos bens, sua avaliação, separação dos que se destinem ao pagamento das dívidas e das despesas; plano e esboço de partilha; prestação de contas do inventariante.

Cessionários. Enquanto permanecer o estado de indivisão, todos os herdeiros têm direito a uma quota-parte ideal no conjunto dos bens da herança.¹⁸ Ao herdeiro é reconhecida então a faculdade de transferir a um estranho o seu quinhão hereditário, independentemente de estar concluído o inventário. Antes mesmo da abertura deste, é lícita a cessão de herança (Código Civil, art. 1.793). O que de todo em todo se veda é que se efetue antes da abertura da sucessão. E se ocorrer, não terá eficácia, como, aliás, se dá com qualquer contrato que tenha por objeto herança de pessoa viva (Código Civil, art. 426. Ver, a respeito, nº 187, *supra*, vol. III). É, porém, indiferente que se dê antes ou depois da aceitação da herança pelo cedente.¹⁹ Constitui, mesmo, fato revelador de sua aceitação (nº 433, *supra*).

Uma vez operada regularmente, seja a título oneroso, seja a título gratuito, o cessionário sub-roga-se totalmente nos direitos do cedente, passando a ocupar o seu lugar na sucessão do *de cuius*. Com ele passa a correr o inventário, como se fora o próprio herdeiro. Poderá aceitar a herança, falar no processo, intentar as ações do herdeiro em defesa do acervo, ou, na sua própria, ser incluído na partilha, receber o pagamento que nesta lhe caiba, adjudicar bens, e, no caso de não ser contemplado com o título hereditário, propor a competente ação de petição de herança.

A *validade* da cessão da herança está subordinada aos requisitos subjetivos, objetivos e formais de todo negócio jurídico.

1. Deverá ser feita pelo herdeiro, pois se vier de outrem ocorrerá uma aquisição a *non domino*. É mister, também, que o cedente tenha a capacidade de disposição.

2. Terá por objeto os direitos hereditários do cedente, e, portanto, sujeitar-se-á ao que for apurado como tal. Vale dizer, a cessão de herança é um negócio jurídico *aleatório*, eficaz quaisquer que sejam os valores encontrados e deferidos na partilha; somente se anulará se nada vier a ser apurado (nº 194, *supra*, vol. III). Dentro, ainda, do requisito objetivo, é de se considerar a

circunstância de ficar mencionado no instrumento de transferência que esta incide sobre determinada coisa. Se isto ocorrer, ter-se-á, conforme as circunstâncias: *a)* ou um *negócio jurídico condicional*, que se resolverá com a reposição das partes ao *statu quo ante*, caso aquele objeto determinado não seja atribuído ao cedente, e, via de consequência, transferido ao cessionário; *b)* ou mera *indicação preferencial*, que se não erige em condição resolutória. Certo, entretanto, que a menção de coisa certa não pode obrigar aos demais herdeiros (Código Civil, art. 1.793, § 2º). Em relação a eles, é *res inter alios acta*. Situação análoga ao ato de disposição de coisa certa, antes da partilha, é a constituição de ônus real (hipoteca, servidão) incidente sobre determinado imóvel. Assim, e em resumo, a cessão de herança não se especifica em coisa certa.²⁰ Se estiver, e caso não venha a coisa determinada a incluir-se no quinhão do cessionário, tem este contra o cedente uma ação pessoal, sem que se lhe possa reconhecer um direito real contra o espólio ou contra os herdeiros.²¹ Feita a cessão a título oneroso, equivale à compra e venda, e sujeita o cedente a responder pela evicção, como é de lei (Código Civil, art. 447) e já foi explicado em relação à cessão de direitos em geral (nº 181, vol. II).

3. A cessão de herança far-se-á por *escritura pública* (Código Civil, art. 1.793), sob pena de nulidade, qualquer que seja o valor e a natureza dos bens ali compreendidos.

482. HERDEIRO ÚNICO. ADJUDICAÇÃO

Ocorrendo a hipótese de ser chamado à sucessão um só herdeiro, nem por isso se dispensa o inventário, que é sempre necessário, quer se realize em juízo, quer mediante escritura pública, nos casos em que a lei processual o permite (novo Código de Processo Civil, art. 610, §§ 1º e 2º). Afora os direitos dos credores do falecido, que podem pretender o recebimento de seus créditos na via do inventário, sem os incômodos da instauração de outro processo contencioso, há ainda o interesse inequívoco da Fazenda Pública, na percepção do imposto de transmissão *causa mortis*, cobrado sob forma percentual, segundo a alíquota incidente no valor da herança líquida.

Verificada a hipótese do interessado único, dar-se-á a simplificação do processo, mormente se for ele maior e capaz (novo Código de Processo Civil,

art. 659 e § 1º). O que particularmente é de se considerar, no caso, é a ausência de partilha. Essa pressupõe a distribuição dos haveres do monte por mais de uma pessoa, e em atenção à sua qualificação específica: cônjuge supérstite meeiro; herdeiros necessários ou não; herdeiros testamentários; legatários; e até credores, quando houver anuência geral em que receba em bens.

Havendo um só interessado, a este caberá toda a herança. Operada, pois, a sua liquidação, o herdeiro único, que já tem por direito a propriedade e a posse da herança (Código Civil, art. 1.784), desde a data do óbito, necessita, todavia, de um instrumento que ateste a transferência do acervo para o seu nome, instrumento este que será levado ao registro imobiliário, em cumprimento da finalidade publicitária deste, como para manutenção da continuidade histórica do domínio (nº 303, vol. IV).

Para preenchimento de todas as finalidades, opera-se a *adjudicação* dos bens. O vocábulo empregado – *adjudicação* –, com o significado de atribuição de todos os haveres do monte ao seu sucessor, tem filiação histórica, de vez que já as *Institutas* de Justiniano, mesmo na pluralidade de sucessores, o empregava para traduzir a atribuição dos bens aos diversos herdeiros: *singulas res singulis heredibus adiucare* (*Institutas*, Livro IV, Título 17, § 4º). Embora de aceitação menos pacífica, pois que não falta quem lhe recuse foros de jurisdição na espécie, o conceito encontra livre trânsito, podendo-se mesmo parodiar o codificador do VI século, dizendo que em tal caso, ao invés de partilhar, cabe *omnes res adiudicare* ao só herdeiro, ou ao cessionário deste, se tal operação tiver ocorrido.

482-A. CUMULAÇÃO DE INVENTÁRIOS

O novo Código de Processo Civil (art. 672) admite a *cumulação de inventários* para a partilha de heranças de pessoas diversas, quando houver: (a) identidade de pessoas entre as quais devam ser repartidos os bens (por exemplo, nomeação, por testadores distintos, dos mesmos herdeiros testamentários); (b) heranças deixadas pelos dois cônjuges ou companheiros; e (c) dependência de uma das partilhas em relação à outra (por exemplo, quando um dos herdeiros houver falecido logo após a abertura da sucessão, e os bens que devam ser partilhados entre seus respectivos herdeiros se limitem

ao quinhão que a ele caberia, na primeira sucessão aberta).

Nessa última hipótese, sendo apenas parcial a dependência, por haver outros bens, o juiz pode ordenar a tramitação separada, se melhor convier ao interesse das partes ou à celeridade processual (art. 672, parágrafo único).

CAPÍTULO CXIII

ANDAMENTO PROCESSUAL

Sumário

483. Processo de inventário. **484.** Arrolamento sumário. Inventário negativo.
485. Pagamento das dívidas. **486.** Ação de sonegados.

Bibliografia

Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. III, n^{os} 780 e segs.; Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 108 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, n^{os} 1.430 e segs.; Orlando Gomes, *Sucessões*, 15^a ed., Forense, 2012, atualizada por Mario Roberto Carvalho de Faria, n^{os} 239 e segs.; Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, n^{os} 2.772 e segs.; Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, n^{os} 1.600 e segs.; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. IX, n^{os} 1.005 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, § 83; Astolpho Rezende, *Manual do Código Civil Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. XX, n^{os} 78 e segs., 191 e segs., 247 e segs.; Colin *et* Capitant, *Cours Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, n^{os} 779 e segs.; Vittore Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. V, n^{os} 110 e segs.; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3^a ed., Borsoi, 1973, t. LX; Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3^a ed., 2^a tiragem, Forense, 2006, t. I, vol. IX; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, 40^a ed., Forense, 2008, vol. III; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo*

Código Civil, 4ª ed., Forense, 2004, vol. XXI; Zeno Veloso, *Comentários ao Código Civil*, Saraiva, 2003, vol. 21; Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, *Curso de Direito Civil*, 38ª ed., Saraiva, 2011, vol. 6; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, 14ª ed., Atlas, 2014.

483. PROCESSO DE INVENTÁRIO

Iniciado dentro de dois meses da abertura da sucessão (novo Código de Processo Civil, art. 611),²² a requerimento de quem de direito (nº 480, *supra*), o inventariante prestará o compromisso, e fará indicação dos herdeiros, declinando as suas qualificações. E arrolará os bens da herança, com a menção das suas especificações. Está hoje superada a indagação e afastada a dúvida a propósito de o compromisso do inventariante ser pessoalmente prestado, ou por intermédio de procurador. A indecisão doutrinária percutia na jurisprudência, como depõe Astolpho Rezende, que já considerava, todavia, dirimida a questão.²³ O Código de Processo Civil de 1939 pôs termo à controvérsia, validando o compromisso deferido ao representante, desde que investido de poderes especiais (arts. 108 e 471, § 4º); o de 1973 não se lhe opôs (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, comentário ao art. 990, nº 26), e outro tanto se pode afirmar em relação ao de 2015.

Nesta primeira fase, até a avaliação dos bens, a qualidade de inventariante poderá ser impugnada, cabendo ao juiz decidir pela destituição ou manutenção dele, após a audiência dos interessados. Poderá também ser ordenada sua remoção, a requerimento dos interessados, ou mesmo de ofício, se o inventariante se omitir no cumprimento de suas atribuições legais, ou se ele sonegar, ocultar ou desviar bens do espólio (novo Código de Processo Civil, arts. 622 e 623).

Deverão ser descritos pelo inventariante todos os bens: imóveis, com as suas confrontações e características; móveis, com as respectivas qualificações; semoventes, pelo seu número, espécie, marcas e sinais próprios: dinheiro e peças de ouro e prata; frutos percebidos; títulos da dívida pública e ações de sociedades anônimas; dívidas ativas e passivas pelo título, origem da obrigação, nome do devedor ou do credor; valores mobiliários em

geral (novo Código de Processo Civil, art. 620, nº IV). Entre as dívidas da herança, incluem-se as despesas de funeral e as realizadas em sufrágio da alma do falecido.²⁴

Os bens alheios, encontrados em poder do inventariante, serão também relacionados pelo inventariante, caracterizados e individuados, com a menção desta circunstância, para que se não incluam no monte (novo Código de Processo Civil, art. 620, nº IV). E, se dúvida houver quanto a qualquer deles, o juiz decidirá sumariamente,²⁵ remetendo, entretanto, para as vias ordinárias toda *questão de alta indagação* (expressão não repetida no Código de Processo Civil de 2015).²⁶

Na vigência do anterior Código de Processo Civil, consideravam-se de *alta indagação* todas as questões relativas à propriedade dos bens ou condição dos herdeiros; à nulidade de atos praticados pelo finado; investigação da paternidade ou eficácia de reconhecimento espontâneo de filho extraconjugal, eventualmente impugnado; exclusão de herdeiro; sonegação de bens. No processo de inventário, poderão os interessados juntar documentos que auxiliem o juiz a dirimir dúvidas. Mas não se produz aí prova testemunhal ou pericial. Em suma, somente poderão ser resolvidas no inventário as questões que sejam apenas de direito, e as de fato fundadas em prova documental inequívoca (CPC, art. 612).

Aos autos juntar-se-á cópia do testamento, se houver; mas os procedimentos de abertura do testamento cerrado, de apresentação do testamento público e de confirmação do testamento particular se desenvolvem em autos apartados (novo Código de Processo Civil, arts. 735 a 737).

Serão citados os herdeiros ou seus representantes legais, e, nos casos em que devam intervir, os órgãos do Ministério Público e fazendários. Dispensadas, contudo, as citações, quanto aos interessados que se derem por cientes, e se fizerem espontaneamente representar. A falta de citação de quem deva participar do inventário acarreta a nulidade do processo, conforme era reconhecido na vigência do Código de Processo de 1973 (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários...*, com. ao art. 999, nº 44) e hoje decorre do art. 239 do Código de 2015. A regra se estende à pessoa do inventariante (STJ, REsp nº 277.932-RJ).

Se houver interessados incertos ou desconhecidos, a citação deles se fará

por edital (novo Código de Processo Civil, art. 626, § 1º).

Ouvidos todos sobre as *declarações do inventariante*, o juiz resolverá de plano as dúvidas e questões suscitadas, remetendo as partes às vias ordinárias nas hipóteses do art. 612 do novo diploma processual, e prosseguindo-se.

Avaliação. O processo de inventário tem o objetivo final de proporcionar, pela partilha, a individuação dos bens da herança no quinhão de cada um. A não ser que o defunto a tenha efetuado em vida (nº 489, *infra*). A base da partilha é a estimativa dos bens. Sem esta, seria praticamente impossível.²⁷

Na conformidade dos antigos Códigos de Processo estaduais, a avaliação incumbia aos “louvados” indicados pelo inventariante. Atualmente, esta operação incumbe ao Avaliador Judicial, ou, se não houver na comarca, a um perito nomeado pelo juiz do inventário (novo Código de Processo Civil, art. 630).

Apresentará este o seu *laudo* de avaliação, com a descrição minuciosa dos bens e a atribuição de valor a cada um, fornecendo os dados e elementos justificativos, e mencionando as circunstâncias que influem na estimativa. Os bens situados fora da jurisdição do juiz do inventário avaliam-se por precatória, expedida por carta com menção do bem a avaliar, cabendo efetuar-se por telegrama ou mesmo telefone, se as circunstâncias o exigirem.²⁸ Todavia, não se expedirá carta precatória para a avaliação dos bens situados fora da comarca por onde corre o inventário, se eles forem de pequeno valor ou perfeitamente conhecidos do perito nomeado (novo Código de Processo Civil, art. 632). Na dúvida acerca do real valor, o juiz deverá optar pela expedição da carta precatória (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários...*, com. ao art. 1.006, nº 54).

Haverá dispensa de avaliação se capazes todas as partes, e se, intimada pessoalmente, a Fazenda Pública concordar de forma expressa com os valores atribuídos, nas primeiras declarações, aos bens do espólio (novo Código de Processo Civil, art. 633).

Concluída a avaliação, e ouvidos os interessados (que podem impugná-la: novo Código de Processo Civil, art. 635 e §§), tomam-se por termos as declarações *finais* do inventariante, cabendo a ressalva de completá-las a todo tempo, se tiver incorrido em engano ou omissão (art. 636).

A avaliação tem, ainda, a finalidade de perpetuar a estimativa do acervo

sucessório. Uma vez concluída e aprovada, servirá de base a todos os atos subsequentes: *cálculo do imposto causa mortis*; partilha dos bens; venda judicial ou adjudicação dos que se destinem ao pagamento de débitos, ou não se prestem à divisão cômoda. Demais disso, se em razão de incidentes processuais ou outra causa eventual, procrastinar-se o encerramento do processo, a avaliação é que servirá de elemento para determinar o valor do patrimônio transferido, contemporaneamente à abertura da sucessão.

Encerra-se o inventário ouvindo-se todos os que devam intervir. Se as avaliações forem impugnadas, o juiz decidirá pela sua manutenção ou realização de outra (novo Código de Processo Civil, art. 635).

E, a final, o contador do juiz levantará o *cálculo do imposto de transmissão causa mortis*, sobre o qual todos se pronunciam (novo Código de Processo Civil, art. 638). Ocorrendo modificação legislativa, entre a data do óbito e a do cálculo do imposto, prevalecerá para este a lei em vigor na data da abertura da sucessão, assim no tocante aos bens tributados quanto às alíquotas incidentes.²⁹ A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal (Súmula nº 112) se pacificou neste sentido: “O imposto de transmissão *causa mortis* é devido pela alíquota vigente ao tempo da abertura da sucessão.”

Em seguida, ouvem-se os interessados, e o juiz julga por sentença, decidindo as reclamações dos herdeiros.

Homologado o cálculo, recolhe-se o tributo devido. E assim se encerra a fase de inventário propriamente dito, achando-se o processo em condições de se realizar a partilha.

484. ARROLAMENTO SUMÁRIO. INVENTÁRIO NEGATIVO

A lei processual prevê hipóteses em que o processo judicial do inventário é simplificado, com a eliminação de termos e formalidades. São os casos de *partilha amigável*, entre herdeiros capazes, de *pedido de adjudicação*, com sucessor único (e, em regra, capaz) e de acervos hereditários cujo valor não exceda 1.000 (mil salários mínimos). Em casos tais, o inventariante já apresenta a relação dos bens e sua estimativa, que será adotada para sofrer a incidência do imposto de transmissão *mortis causa*, salvo impugnação fundada de seus valores.

O novo Código de Processo Civil também admite a adoção do procedimento simplificado, ainda que haja interessado incapaz, desde que concordem todas as partes e o Ministério Público (art. 665).

Na petição inicial, os herdeiros requerem a nomeação de inventariante, declaram os títulos dos herdeiros e os bens do espólio, e atribuem o valor deste para efeito de partilha. (novo Código de Processo Civil, arts. 660 e 664).

Apresentado, desde logo, o esboço, não se procederá à avaliação para qualquer finalidade, ressalvada, na hipótese de herança limitada a 1.000 (mil salários mínimos), a avaliação determinada pelo juiz, se houver impugnação à estimativa feita pelo inventariante (novo Código de Processo Civil, art. 664, § 1º).

Não serão conhecidas ou apreciadas questões relativas ao lançamento, ao pagamento ou à quitação de taxas judiciárias, e de tributos incidentes sobre a transmissão da propriedade dos bens do espólio (novo Código de Processo Civil, arts. 662 e 664, § 4º).

A existência de credores do espólio não impedirá a homologação da partilha ou da adjudicação, se forem reservados bens suficientes para o pagamento das dívidas. A reserva será realizada pelo valor estimado pelas partes, salvo se o credor, regularmente notificado, impugnar a estimativa, caso em que se promoverá a avaliação dos bens a serem reservados (novo Código de Processo Civil, art. 663 e parágrafo único).

Homologada a partilha ou a adjudicação, proceder-se-á à arrecadação dos tributos, cabendo ao Fisco, se apurar em processo administrativo valor diverso do estimado, exigir a eventual diferença pelos meios adequados ao lançamento de créditos tributários em geral. O imposto de transmissão será objeto de lançamento administrativo, conforme dispuser a legislação tributária. Em nenhuma hipótese se fará a inscrição no Registro Imobiliário sem a prévia quitação tributária.

Nada obsta à conversão do inventário, já iniciado, em arrolamento sumário, desde que preenchidos os requisitos legais deste último e enquanto não tiver sido julgado por sentença o cálculo do imposto de transmissão (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários...*, com. ao art. 1.031, nº 106).

Inventário negativo. A rigor, a expressão “inventário negativo” é contraditória: consistindo em uma relação de bens deixados pelo finado,

somente poderia ser positivo. A ausência de bens é a negação do inventário, e, portanto, se a pessoa morre sem nada de seu, caso seria de se não proceder a qualquer medida.

Há situações, entretanto, em que é mister demonstrar aquela inexistência de bens. A mais frequente é a do viúvo ou viúva que tenha filhos do extinto casal, e pretende convolar a novas núpcias, liberto de impedimento e sem se sujeitar ao regime da separação compulsória de bens (Código Civil, art. 1.523, nº I, combinado com o art. 1.641, nº I: v. nº 382, *supra*, vol. V). Pode ocorrer, ainda, o interesse do sucessor na comprovação de que não deixou o falecido com que atender aos seus credores, o que é da maior relevância no plano das responsabilidades, uma vez que o herdeiro somente responde *intra vires hereditatis*.

Em tais casos, admite-se o inventário negativo (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LX, § 5.982, nº 2; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, nº 1.384):³⁰ o requerente promoverá um processo judicial sumário, com citação dos possíveis interessados, do órgão do Ministério Público, e do representante da Fazenda Pública. Acusado o óbito, e prestado o compromisso, o requerente mencionará a ausência total de bens a descrever.

Acordes todos os demais interessados, inclusive os representantes oficiais, e produzida a prova que se fizer necessária, os autos irão ao juiz, que o encerrará por sentença, a qual servirá de documentos para os fins legais.³¹

485. PAGAMENTO DAS DÍVIDAS

No processo de inventário é que se apura a herança líquida, isto é, aquela que cabe aos herdeiros, depois de se atender aos direitos de terceiros – *deducto aere alieno*. A primeira fase desta liquidação é o expurgo, no inventário, dos bens e direitos alheios, que se encontravam em poder do inventariado.

A segunda é o pagamento de todas as dívidas da herança, anteriores ou posteriores à abertura da sucessão, uma vez que a responsabilidade dos herdeiros é limitada *intra vires hereditatis* (Código Civil, art. 1.792). Como está expresso nas fontes, só se compreende a existência de bens, depois de

deduzidos os valores alheios: *Bona intelliguntur nisi deducto aere alieno*.

Separação de patrimônios. O princípio dominante na matéria é que se supõe prosseguir na morte, em relação aos credores, a mesma situação patrimonial vigente em vida. Destarte, os credores, que tinham sobre os bens do devedor um direito genérico de garantia (nº 168, *supra*, vol. I), exercem-no sobre o acervo que ele deixar. O Direito Romano o enfatizava com a *separatio bonorum*, proporcionando duas massas distintas, sobre as quais convergiam as duas ordens de credores: do defunto e dos herdeiros. O *benefício de inventário*, a que já nos referimos acima (nº 433), restaura, em suas linhas gerais, a separação dos patrimônios do Direito Romano, permitindo assim que os herdeiros, ao responderem pelos encargos da herança, não vejam comprometidos os seus bens particulares, e não fiquem onerados para além das forças da herança.

A *separatio bonorum* gera, portanto, três ordens de efeitos: *a) em relação aos herdeiros*, definindo a extensão de suas responsabilidades pelos débitos do monte; *b) em relação aos credores do monte*, que são legitimados para receber da herança ou espólio, não podendo agir contra os herdeiros, senão dentro dos limites patrimoniais do acervo hereditário; *c) e em relação aos legatários*, posto que indiretamente, porque se as dívidas absorverem, ou reduzirem o monte ao ponto de não suportar este o pagamento dos legados, ficarão estes, obviamente, anulados ou reduzidos.³²

Nesta matéria, questão que logo se põe é a da *responsabilidade pela liquidação do passivo*, isto é: a quem cabe promover o pagamento dos débitos. Excluídos os legatários, que como sucessores singulares recebem coisa certa e determinada, cabe aos herdeiros solver as dívidas, porém *intra vires hereditatis*. Mas, se o monte não comportar as liberalidades testamentárias, sofrem os legatários a diminuição ou a perda dos legados, pois que também prevalece aqui a regra que preside às doações: *nemo liberalis nisi liberatus*. Ninguém pode ser liberal, se não tiver seu patrimônio livre.³³

Sem a mesma ênfase quiritária, o fenômeno se repete no direito moderno. Os credores se habilitam no inventário. Mas, tendo em vista que a herança (direito dos herdeiros) somente se apura *deducto aere alieno*, é de se reconhecer direito preferencial aos credores do morto, e somente depois de pagas as dívidas deste é que os débitos dos herdeiros serão solvidos.³⁴ Por tal

motivo de ordem prática é que o princípio da separação dos patrimônios perdeu muito de sua importância em nosso direito.³⁵

Os credores, embora possam a todo tempo acionar os herdeiros, e deles receber *pro rata*, o que a cada qual corresponde nos débitos do defunto, têm, contudo, o direito de garantia sobre o conjunto patrimonial deixado.³⁶

Deverão, portanto, ser pagas pelo monte:

I. Em primeiro plano, aquelas que gozam de privilégio geral, na ordem legalmente estabelecida (Código Civil, art. 965), a saber: *a)* o crédito por despesas com o funeral, feito segundo a condição do finado e o costume do lugar; *b)* as custas judiciais e despesas com a arrecadação e liquidação da massa; *c)* os gastos com o luto do cônjuge e dos filhos; *d)* o crédito por despesas com a doença de que faleceu o devedor, no semestre anterior à sua morte; *e)* o crédito pelos gastos de manutenção do devedor falecido e sua família, no trimestre anterior ao falecimento; *f)* o crédito pelos salários devidos aos empregados e mais pessoas de serviço doméstico do devedor, nos seus derradeiros meses de vida; *g)* os demais créditos de privilégio geral.

II. As dívidas contraídas em vida pelo falecido, e que se transmitem por sua morte aos herdeiros.

Antes da partilha, os credores do monte poderão requerer sejam *separados os bens necessários para o pagamento das dívidas* (novo Código de Processo Civil, art. 642). Recebido o requerimento devidamente instruído, e ouvidos os interessados, o juiz determinará, no caso de acordo, a separação de dinheiro, se houver, ou de bens de outra natureza (Código de Processo Civil, art. 642, § 2º); para a solução da dívida, de preferência móveis e semoventes; ou mesmo imóveis, se não houver outros, ou forem insuficientes aqueles.

Não se pondo de acordo os herdeiros, requererá o credor, antes da partilha, a *reserva* de bens, em poder do inventariante, quantos bastem para assegurar o pagamento, e intentará a ação no prazo de 30 dias (Código Civil de 2002, art. 1.997, § 1º). Escoado esse tempo, sem que a ação seja iniciada, cessará a reserva³⁷ (Código Civil, art. 1.997, § 2º). A reserva estará condicionada a duplo requisito: (a) prova bastante da obrigação; e (b) não se funde a impugnação na alegação de pagamento. A respeito desse último requisito, coincidente com o da lei processual (novo Código de Processo Civil, art. 643, parágrafo único), cabe ao intérprete temperar a exigência, de modo a não

estimular impugnações totalmente infundadas, apenas ditadas por má-fé, ou desacompanhadas de mínima prova de pagamento: não se deve negar a reserva ao credor, que apresente “prova bastante da obrigação”, simplesmente porque os herdeiros *alegaram* que a dívida já se extinguiu, sem produção de prova verossímil do fato extintivo (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários...*, com. ao art. 1.018, nº 78).

Na falta de documento comprobatório da dívida, o credor poderá justificar em juízo a sua existência, e instruirá o pedido anexando os respectivos autos da justificação. Não se poderá, todavia, perder de vista que a prova exclusivamente testemunhal não é admitida (v. nº 104, *supra*, vol. I) para as dívidas excedentes da taxa legal.³⁸

O pagamento se fará mediante adjudicação, a requerimento do credor, do bem separado (novo Código de Processo Civil, art. 642, § 3º, c/c o art. 675), ou mediante a entrega do valor de seu crédito, após a alienação forçada de bens suficientes, realizada de acordo com o que dispõe a lei processual. A adjudicação constitui mera faculdade concedida ao credor: ele não está obrigado a receber o pagamento assim em espécie. Tem direito à prestação devida. A adjudicação do bem é a entrega de coisa diversa – *aliudpro alio* – que depende de sua anuência.³⁹

Sendo o passivo maior do que o valor da herança, instaurar-se-á, no processo mesmo do inventário, o *concurso de preferências*, com observância do que entre os credores for acordado. E, em falta de entendimento, serão remetidos para as vias ordinárias, depositados os bens do acervo.

Os credores que se não hajam habilitado no inventário não estão inibidos de receber o que lhes é devido. Poderão demandar os herdeiros, após a partilha, mas sujeitos às seguintes restrições:

1ª) respondem os herdeiros *pro numero virorum*, rateando-se o débito na proporção dos quinhões, ainda que a obrigação seja solidária, uma vez que desaparece este caráter com a morte do devedor, e que a solidariedade não se transmite aos sucessores deste (v. nº 143, *supra*, vol. II);

2ª) os herdeiros não respondem *ultra vires hereditatis*, vigorando em nosso direito o princípio segundo o qual toda aceitação de herança é a benefício de inventário (v. nº 433, *supra*);

3ª) ocorrendo a hipótese de um herdeiro solver dívida do monte, ou pagar

mais do que parte que de direito lhe compita, sub-roga-se no excesso, contra os demais herdeiros, e pode cobrar do monte, como se fora o próprio credor originário.

486. AÇÃO DE SONEGADOS

A ação de sonegados é a via judicial destinada a obrigar o inventariante ou herdeiro a apresentar os bens que dolosamente ocultar.⁴⁰

Nunca se presumindo, o dolo deverá ser provado, demonstrando-se a intenção maliciosa. E na falta de prova, concluir-se-á que a ocultação é fruto de ignorância.⁴¹ Tal prova resultará, contudo, do fato da ocultação – *dolus pro facto est* – se o inventariante for intimado a apresentar a coisa sonegada e não o fizer. Presumir-se-á, então, o propósito de se apropriar dela, salvo se o acusado, justificando a causa de seu procedimento, demonstra a boa-fé.⁴²

Só se pode, contudo, arguir de sonegação o inventariante, depois de encerrada a descrição dos bens, com a declaração por ele feita de não existirem outros a inventariar e partir; e o herdeiro, depois de declarar no inventário que os não possui (Código Civil, art. 1.996). É costume, no termo de declarações finais, protestar o inventariante pela apresentação de outros bens que ainda apareçam acobertando-se desta sorte contra a imputação de sonegar. Cabe então ao interessado, que tenha conhecimento da existência de outros bens, interpelar o inventariante para que os declare, apontando-os. E, na recusa ou omissão, caracteriza-se o propósito malicioso e punível, que ensejará a ação.

Ao inventariante, convencido da sonegação, será ainda imposta a remoção da inventariança, e perda da parte nos bens sonegados (Código Civil, arts. 1.992 e 1.993).

Se a sonegação for praticada por herdeiro, que oculte a coisa em seu poder, ou que omita a colação de doação ou dote recebido, perderá ele o direito que na sucessão lhe caiba sobre aquele bem.⁴³

Incorre em sonegação, ainda, quem omitir créditos, simular doações, encobrir dívida de herdeiro, reduzindo direta ou indiretamente o monte.⁴⁴

Em qualquer dos casos, o sonegador, como agente de um ato ilícito, responde por perdas e danos, além da restituição do que ocultar, ou seu

equivalente pecuniário, se já não existir em espécie (Código Civil, art. 1.995). Os herdeiros prejudicados têm direito aos frutos e rendimentos, desde o momento em que o sonegador se constituiu de má-fé.⁴⁵

Não se decreta a pena de sonegados, no processo de inventário. Somente em ação própria (Código Civil, art. 1.994). E esta deverá ser intentada contra o sonegador. Se for este o inventariante, somente tem cabida depois de prestadas as “declarações finais”, com a proclamação da inexistência de outros bens a descrever (Código Civil, art. 1.996, primeira parte). Se for herdeiro, ou outra pessoa que com ciência deste tenha a coisa em seu poder, será precedida de interpelação para que a apresente.

Tem *legitimidade para a ação de sonegados*: a) qualquer herdeiro, contra o inventariante; b) o inventariante ou outro herdeiro, se por herdeiro for praticada; c) o credor do monte, no caso de a ocultação dos bens lhe causar prejuízo (Código Civil, art. 1.994).

Em qualquer dos casos, a sentença aproveita aos demais interessados (Código Civil, art. 1.994, parágrafo único):⁴⁶ como se expressa Zeno Veloso, “os efeitos da sentença são indivisíveis: não beneficiam apenas o coerdeiro que tomou a iniciativa e propôs a ação, mas a todos”.⁴⁷

Prescrição. Tem-se discutido a propósito da prescrição da ação de sonegados. E tem-se proclamado a sua imprescritibilidade, quando dirigida contra o inventariante, sob fundamento de não perecer a ação contra os mandatários e administradores (Teixeira de Freitas, Coelho da Rocha).

Sendo, entretanto, avesso aos direitos imprescritíveis o nosso sistema, a ação de sonegados estará sujeita à prescrição *longi temporis*, extinguindo-se, portanto, no prazo de dez anos (Código Civil, art. 205).⁴⁸ No Código de 1916, tal prazo era de 20 anos (art. 177).

Se o prazo prescricional se iniciara ainda na vigência do Código anterior e estava em curso quando da entrada em vigor do atual diploma, deve-se observar a regra do art. 2.028 deste último; assim, uma de duas:

(a) se o tempo passado até a entrada em vigor do Código de 2002 era *superior a dez anos* (metade do prazo *da lei revogada*), a prescrição simplesmente continuará a fluir, a partir de 11 de janeiro de 2003, por período necessário a que se complete o prazo do Código de 1916;

(b) se, ao contrário, o tempo decorrido até a entrada em vigor do Código Civil de 2002 era *inferior ou igual a dez anos*, terá aplicação o prazo *da lei nova*, a partir de 11 de janeiro de 2003.

Em qualquer hipótese, conta-se o prazo prescricional a partir da declaração, pelo inventariante, de não existirem outros bens por inventariar, ou, no caso de sonegação pelo herdeiro, a partir de sua declaração, no inventário, de não possuir os bens sonegados; se, no último caso, não houver manifestação formal do herdeiro, o termo inicial será o dia de sua interpelação (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 1.996), pois somente a partir dele é que se poderá falar em *pretensão* (art. 189).

CAPÍTULO CXIV

PARTILHA

Sumário

487. Monte partível. Partilha. **488.** Colação. **489.** Formas de partilha: amigável e judicial. Partilha em vida. **490.** Venda de imóvel. Licitação. Tornas e reposições. **491.** Homologação da partilha. **492.** Garantia dos quinhões hereditários. **493.** Invalidade da partilha: ação anulatória e rescisória.

Bibliografia

Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, §§ 103 e segs.; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. III, nºs 869 e segs.; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nºs 1.461 e segs.; Planiol, Ripert et Boulanger, *Traité Élémentaire de Droit Civil*, vol. III, nºs 2.837 e segs.; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons de Droit Civil*, vol. IV, nºs 1.630 e segs.; De Page, *Traité Élémentaire de Droit Civil Belge*, t. IX, nºs 1.005 e segs.; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni di Diritto Privato*, vol. I, § 83; Alberto Trabucchi, *Istituzioni di Diritto Civile*, 43ª ed., Cedam, 2007, nºs 205 e segs.; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Tratado, Derecho de Sucesiones*, vol. II, §§ 84 e segs.; Astolpho Rezende, *Manual do Código Civil Brasileiro (Manual Lacerda)*, vol. XX, nºs 119 e segs., nºs 206 e segs., 284 e segs.; Colin et Capitant, *Cours de Droit Civil*, vol. III, nºs 686 e segs.; Vittore Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. V, nºs 133 e segs.; H. Vialleton, *Les Successions*, págs. 100 e segs.; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, 3ª ed., Borsoi, 1973, t. LX, e *Comentários ao Código de Processo*

Civil (de 1973), Forense, 1977, t. XIV; Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 3ª ed., 2ª tiragem, Forense, 2006, t. I, vol. IX; José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários ao Código de Processo Civil*, 16ª ed., Forense, 2012, vol. V; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, 40ª ed., Forense, 2008, vol. III; Clóvis do Couto e Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, t. I, vol. XI, RT, 1977; Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos Especiais*, 5ª ed., Malheiros, 1993; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, 4ª ed., Forense, 2004, vol. XXI; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, 14ª ed., Atlas, 2014; Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski, “Uma contribuição crítica que se traz à colação”, in *Questões Controvertidas no Direito de Família e das Sucessões*, coord. Mário Luiz Delgado e Jones Figueiredo Alves, Método, 2005, vol. III, págs. 447 e segs.; Rabindranath Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, 2ª ed., Coimbra, 1997, vol. II; José de Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, 5ª ed., Coimbra, 2000; Luigi Carraro, *La Vocazione Legittima alla Successione*, Cedam, 1979; Giuseppe Azzariti, “La divisione”, in *Trattato di Diritto Privato* de Pietro Rescigno, 2ª ed., UTET, 2000, vol. 6, t. II; Guido Capozzi, *Successioni e Donazioni*, 2ª ed., Giuffrè, 2002, t. II; Michel Grimaldi, *Droit Civil: Successions*, 6ª ed., Litec, 2001; Pierre Voirin e Gilles Goubeaux, *Droit Civil*, 25ª ed., LGDJ, 2008, t. II; Antonio Carlos Matteis de Arruda, “O inventário e a partilha, a separação e o divórcio consensuais por escritura pública (Lei nº 11.441/2007)”, in *Direito Civil e Processo – Estudos em Homenagem ao Professor Arruda Alvim*, RT, 2008, págs. 798 e segs.; Marie-Cécile Forgeard, Richard Crône e Bertrand Gelot, *Le Nouveau Droit des Successions et des Libéralités*, Defrénois, 2007; Philippe Malaurie e Laurent Aynès, *Les Successions – Les Libéralités*, 3ª ed., Defrénois, 2008; Ana Luiza Maia Nevares, *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, Renovar, 2009; Anne-Marie Leroyer, *Droit des Successions*, 3ª ed. Dalloz, 2014.

487. MONTE PARTÍVEL. PARTILHA

A herança transmite-se daquele de cuja sucessão se trata – *ex eo de cuius successione agitur* (simplesmente *de cuius*) – para os seus herdeiros legítimos

e testamentários, segundo a regra legal (Código Civil, art. 1.784), e na forma do que a doutrina esclarece (nº 429, *supra*). A abertura da sucessão atribui-lhes desde logo a posse e a propriedade da herança. Herança como *universitas*, como um conjunto heterogêneo de bens e direitos, indiscriminadamente. Sobre a totalidade dos bens do espólio, todos têm a sua parte, indicada por uma fração do todo, ou como quota ideal. No momento da transmissão hereditária, não se sabe, ainda, o que especificamente constitui o direito de cada um. Todos os elementos do patrimônio do falecido, ao passarem para os seus herdeiros, compõem um acervo indiviso que pertence a todos conjuntamente.⁴⁹ Sobre esta massa, todos têm direitos iguais, aplicando-se-lhes, de acordo com o art. 1.791, parágrafo único, do Código em vigor, as regras do condomínio (v. nº 314, *supra*, vol. IV).

O estado de indivisão, consequência natural da sucessão hereditária, é assim estabelecido em caráter transitório.⁵⁰ Mas pode ser mantido por convenção (*indivisão ou comunhão convencional*). Tendo-se, porém, em vista, um confronto com o direito de propriedade exclusivo, sem dúvida constitui situação antinatural, e não deverá ser perpétuo. Admite-se, portanto, a estipulação por tempo determinado. No Direito francês, cinco anos, prorrogáveis.⁵¹ No Direito italiano, dez anos, reduzindo-se a esse período prazos porventura superiores; mas pode a autoridade judiciária, naquele sistema, ordenar a cessação da indivisão, antes do termo pactuado, se ocorrerem “graves circunstâncias”.⁵² Em nosso direito, por argumento extraído do art. 1.320, § 1º, do Código Civil, o prazo máximo é de cinco anos (v. nº 314, vol. IV). Já no Direito alemão, pode ser estipulada a manutenção da herança indivisa por tempo certo ou para sempre.⁵³ *Quaestio est*, se o estado de indivisão pode ser imposto pelo testador. O Direito Romano o admitia, com apoio moderno dos pandectistas. Em nosso direito, por argumento extraído ainda de disposição dos mesmos princípios (Código Civil, art. 1.320, § 2º), é lícita a cláusula testamentária, desde que subordinada ao prazo não excedente de cinco anos.⁵⁴

Pedido de partilha – Salvo determinação testamentária ou pacto livremente acordado, entre os interessados, desde que sejam maiores e capazes, o que será respeitado como qualquer convenção livremente estipulada, qualquer herdeiro pode, a todo tempo, pedir que cesse o estado de indivisão, mediante o

instrumento adequado, o qual, historicamente, se identifica como *actio familiae erciscundae*. Esta ação de *partilha* é imprescritível.⁵⁵ No direito brasileiro, inclusive na vigência do novo Código de Processo Civil, integra a chamada *jurisdição contenciosa* (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LX, § 5.981, nº 3, e § 5.988, nº 2; *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t. XIV, nº 3, págs. 6 e 7).⁵⁶

Modernamente, e em decorrência da legislação agrária, há que ter em consideração a capacidade produtiva do imóvel. Consequentemente, não pode ser partilhado este, se de seu fracionamento resultarem partes inferiores ao mínimo economicamente útil (módulo rural), e em tal caso, fica o bem insuscetível de *partilha*, transmitido com a condição de o organismo público proporcionar recursos financeiros para a sua exploração (Lei nº 4.504, de 30 de novembro de 1964, art. 65; Lei nº 5.868, de 12 de dezembro de 1972).

É a *partilha* que faz cessar a comunhão sobre a universalidade dos bens da herança, e a ela se procede com observância das cautelas e normas legais.

A *partilha* é o ponto culminante da liquidação da herança. Põe termo ao estado de indivisão. Discrimina e especifica os quinhões hereditários. Fixa o momento em que o acervo deixa de ser uma *res communis* dos herdeiros, operando a mutação em coisas particulares de cada um.

A natureza da *actio familiae erciscundae* no Direito Romano diferia do seu conceito atual. Não se conhecendo, ainda, a transmissão direta dos bens, da pessoa do morto para a de seus sucessores, de elaboração medieval (v. nº 430, *supra*), a *partilha*, em Roma, tinha o efeito de ato translático da propriedade, efetuada reciprocamente pelos herdeiros.⁵⁷

No direito moderno, em que prevalece o princípio originário do *droit de saisine*, não se pode considerar a *partilha* um ato de transferência dominial *inter heredes*, porque a estes já precedentemente se transmitira a herança. Não mais subsiste o conceito segundo o qual cada herdeiro recebia dos outros o domínio do seu quinhão.

Por isso se diz que a *partilha* tem *efeito declaratório e não atributivo* da propriedade.⁵⁸ Registre-se, todavia, a opinião dos que nela enxergam um “ato modificativo”, caracterizado por uma *redução quantitativa* ao lado de uma *ampliação qualitativa*: cessando o estado de indivisão, cada herdeiro passa a ter direitos apenas sobre o que couber no respectivo quinhão; mas tais direitos

serão exercidos sem as restrições inerentes à anterior situação condominial (Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 312, págs. 546-547).⁵⁹

A herança é, ou pode estar, onerada de encargos. E estes têm de ser pagos à custa do monte, *intra vires hereditatis*. Devem ser solvidos, com separação dos bens quantos bastem.

Aos herdeiros tocará o líquido, pois onde ainda há dívidas, não há herança.

O acervo hereditário forma então um *monte* que abrange a totalidade do patrimônio do defunto, isto é, dos bens existentes no dia da morte.⁶⁰ Dali se pagam os débitos e os legados; dali se recolhe o imposto de transmissão *mortis causa*. Somente depois de deduzido o alheio – *deducto aere alieno* – é que os bens pertencem aos herdeiros.

Esta *herança líquida* é que vai ser objeto de partilha, constituindo por isso mesmo o *monte partível*. Quando se encerra a fase do inventário, atinge-se este resultado. A partilha incide, pois, sobre este acervo líquido ou sobre este monte.⁶¹

488. COLAÇÃO

No direito sucessório moderno, o princípio dominante é o da igualdade dos quinhões. O monte partível se dividirá em tantas quotas iguais quantos são os herdeiros.

Quando o ascendente beneficia um descendente, seja com uma doação, seja com a constituição de um dote, seja com a provisão de fundos com que pagar suas dívidas, estará rompendo aquela *par conditio* e desfalcando o monte em detrimento dos demais, mesmo que não haja ultrapassado a metade assegurada dos herdeiros. Presume-se que a liberalidade teve caráter de antecipação de seu quinhão, salvo declaração expressa, em contrário, da parte do doador.⁶²

Com o fito de restabelecer a igualdade rompida, criou o Direito Romano a *collatio bonorum* e a *collatio dotis*, de elaboração pretoriana,⁶³ de que provém a colação no direito moderno (*collazione* no italiano, *rapport* no francês, *colación* no espanhol, *Kollation* no germânico).

Consiste ela na restituição, ao monte, das liberalidades recebidas em vida, para obter-se a igualdade dos quinhões hereditários, ao se realizar a partilha.⁶⁴

Não se confunda, porém, a *colação com a redução das liberalidades*.⁶⁵ A *colação* tem em vista restabelecer a igualdade das legítimas dos herdeiros necessários, ainda quando as liberalidades se compreendam no âmbito da meação disponível do doador. A *redução* tem a finalidade de fazer que as liberalidades se contenham dentro naquela metade, quer beneficie algum herdeiro, quer favoreça um estranho (nº 478, *supra*). A *colação* assenta teoricamente na vontade presumida do morto, ao passo que a *redução* é de ordem pública. Em consequência, é válida a dispensa de colação, a que adiante aludiremos; mas não pode o falecido dispensar a redução.

As liberalidades consideram-se *antecipação de legítima* quando feitas aos descendentes. E terão de obedecer ao princípio igualitário que a esta preside. Eis o objetivo da colação: servir de instrumento de igualdade nos direitos advindos da sucessão *mortis causa*.

A sua exposição metodológica terá então de obedecer a este esquema: *a)* quando se procede à colação; *b)* quem está sujeito à colação; *c)* o que se deve ser colacionado; *d)* como se realiza a conferência (sobre a redução das disposições testamentárias, ver o que ficou exposto em o nº 478, *supra*).

A) Oportunidade na colação. Os herdeiros que tenham recebido liberalidades em vida do *de cuius* têm o dever de conferir os respectivos valores após a abertura da sucessão. No curso do inventário é que a ela se procede.

O novo Código de Processo Civil (de 2015) estabelece, no art. 639, em remissão ao art. 627, que a oportunidade para conferir, por termo nos autos, os bens recebidos, é o prazo de quinze dias, aberto aos herdeiros para dizerem sobre as primeiras declarações. O herdeiro que não apresente espontaneamente o objeto recebido será intimado a fazê-lo, sob pena de se tornar incurso na pena de sonegados (v. nº 486, *supra*).

B) Pessoas sujeitas à colação. O herdeiro beneficiado pela liberalidade em vida terá de conferi-la.⁶⁶ Se o não fizer, por ausente, promovê-la-á o inventariante, se aquiescer a maioria dos interessados presentes. Não são, porém, todos os herdeiros. No sistema do Código de 1916, somente se sujeitavam à colação os descendentes sucessíveis (art. 1.786); no atual, embora o art. 2.002 apenas a eles se refira, deve-se entender que *também o cônjuge* está obrigado a conferir o valor das doações que lhe tenham sido

feitas pelo *de cuius*: é o que resulta da conjugação do art. 544 (“A doação de ascendente a descendentes, ou de um cônjuge a outro, importa adiantamento do que lhes cabe por herança.”) com o art. 2.003: do contrário não se logrará igualar “as legítimas dos descendentes e do cônjuge sobrevivente”, objetivo declarado neste último dispositivo (Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 2.003; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 2.002, nº 21).⁶⁷ Esclareça-se, porém, que o dever de colacionar, quanto ao cônjuge, estará restrito à hipótese em que deva concorrer com descendentes (art. 1.829, nº I).⁶⁸ Interessante observar que, no direito português, a reforma legislativa empreendida na segunda metade dos anos 1970, a despeito de haver situado o cônjuge entre os herdeiros necessários, deixou de impor-lhe, explicitamente, a obrigação de colacionar, o que, todavia, não inibiu a doutrina de reputá-lo também sujeito à conferência, como os descendentes (Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. II, págs. 338 e segs.; Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 304, págs. 532 e 533).⁶⁹

Os ascendentes, os colaterais e os estranhos não estão sujeitos à colação.⁷⁰ Em resumo feliz, diz Ruggiero serem três os requisitos do obrigado à colação: ser descendente, herdeiro e donatário – observação que hoje deve ser lida com as devidas ressalvas, impostas pela evolução do direito italiano e brasileiro.⁷¹ Os filhos (igualados, entre nós, qualquer que seja a origem da filiação, de acordo com o princípio expresso na Constituição de 1988), na sua qualidade hereditária, são obrigados a trazer à conferência colacional as doações recebidas (empregada a palavra “doação” no sentido abrangente de toda liberalidade). Também os netos (ou outros descendentes mais remotos) se sujeitam à colação, quando herdem por direito próprio (Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 23.3, pág. 397).

Premorrendo o herdeiro obrigado à colação, esta será feita pelo que o representar (Código Civil art. 2.009).⁷² Mas, se a sua herança passar a estranhos, os bens recebidos transmitem-se-lhes livres do encargo, não podendo eles ser chamados à conferência daqueles valores.⁷³ Não foi feliz o legislador pátrio, neste passo, fosse no Código revogado, seja no de 2002. Não é justo, como observa Astolpho Rezende, que o neto fique sujeito a colacionar haveres que seu pai desbaratou, por infeliz ou perdulário, arcando destarte com as consequências e sendo compelido a conferir por outrem o que em

verdade não recebeu.⁷⁴ E mais injusto, ainda, se se atentar em que, na transmissão a estranhos cessa este dever.

As doações feitas ao *cônjuge do herdeiro* poderão ser ou não sujeitas à colação, na dependência do regime de bens no matrimônio: se for o da comunhão universal, conferem-se; mas se for de comunhão parcial ou de separação, não se colacionam. Daí dizer-se, procedentemente, que a colação pelo cônjuge do herdeiro está em função do regime de bens, não da doação em si mesma.⁷⁵

Em nosso direito, os herdeiros testamentários não são obrigados a colacionar, ainda que hajam recebido outras liberalidades em vida do testador. Nem os legatários.

Aquele que não sucede nos bens deixados, seja por ter renunciado à herança, seja por ter sido dela excluído por indignidade, não está obrigado a colacionar.⁷⁶ Mas não se eximem da redução da liberalidade na parte inoficiosa, considerada como tal a que exceder a legítima e mais a metade disponível (Código Civil, arts. 2.007, § 3º, e 2.008). Não seria razoável que o herdeiro renunciante retivesse o que recebeu por antecipação com quebra da *par conditio* das legítimas. E muito menos equitativo seria quanto ao deserdado.⁷⁷

Não estão sujeitas à colação as liberalidades feitas a descendente que não era herdeiro necessário, na data em que foram feitas (Código Civil, art. 2.005, parágrafo único). Assim é que a doação feita ao filho adotivo é sujeita a ser conferida. Mas a que foi feita antes do ato de adoção não o é, porque na data da liberalidade ele não seria chamado a suceder na qualidade de herdeiro necessário. Pelo mesmo motivo, o filho natural, que tiver recebido doação antes do reconhecimento (seja este espontâneo ou judicial) não é obrigado a trazê-la à colação, porque somente o reconhecimento lhe confere o status que o qualifica na condição de herdeiro necessário. A linguagem do parágrafo não é feliz, ao estabelecer que se presume imputada na parte disponível a liberalidade. O que o inciso, em verdade, estatui é que, nesses casos, o donatário é dispensado de conferir o valor dos bens recebidos em doação.

A doutrina anterior ao Código de 2002 já expunha a solução agora textualmente consagrada no parágrafo único do art. 2.005 (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LX, § 6.019, nº 2).

Não estão sujeitos à colação os descendentes que tenham sido dela *dispensados* pelo doador, desde que a sua metade disponível comporte o valor doado (Código Civil, art. 2.005).

A *dispensa* há de ser expressa no ato mesmo da liberalidade ou em testamento (art. 2.006), não valendo se consignada em documento à parte, ainda que de próprio punho do defunto, e menos ainda se manifestada oralmente.⁷⁸

Não sendo de ordem pública, nada impede a renúncia à dispensa da colação. Sua validade condiciona-se a que se realize após o óbito, pois que, se ocorrer em vida do inventariado, é nula como pacto sobre sucessão futura.⁷⁹

É preciso atentar em que as pessoas dispensadas de colacionar as liberalidades recebidas não se eximirão de sofrer a redução das doações e dotes que não couberem na meação disponível (v. nº 478, *supra*).

C) Bens sujeitos à colação. Em princípio, devem ser trazidas à colação todas as liberalidades recebidas pelo herdeiro ou por quem o represente. A doutrina esclarece por menor: *a)* as doações e dotes constituídos pelo ascendente; *b)* as quantias que os pais tiverem usado no pagamento das dívidas do filho; *c)* as doações dos avós aos netos, quando eles concorrem à herança com tios e primos; *d)* as doações e dotes recebidos pelos pais, quando estes houverem pré-morrído ao doador ou dotador, e forem representados pelo sucessor; *e)* as doações verbais de coisas de pequeno valor, embora não seja de uso tal conferência; *f)* os haveres do filho, adquiridos com recursos paternos; *g)* dinheiro posto a juros pelo pai em nome do filho; *h)* valor da dívida do filho, remitida pelo pai.⁸⁰ Sujeitam-se, ainda, à colação as *doações indiretas*, tais como renúncia de direito beneficiando herdeiros, ou perdão de dívida, ainda que resulte de simples restituição de título ao herdeiro-devedor.⁸¹ O problema crucial nestes casos é o da prova, que há de ser dada de maneira inequívoca.⁸²

Outras hipóteses de doações indiretas são o contrato a favor de terceiro, o adimplemento de obrigação alheia, a assunção de dívida (Código Civil, art. 299) e a doação mista (*negotium mixtum cum donatione*).⁸³ Somente se conferem as liberalidades recebidas em vida do benfeitor. Não se sujeitam à colação os legados, ainda que destinados aos descendentes. O que não

significa a sua intangibilidade: ao revés, sujeitam-se à redução, se exorbitam da parte disponível.

Exclusão. Não estão sujeitos à conferência colacional:

1. As despesas ordinárias que os pais fizerem com os filhos, enquanto menores, para seus alimentos, educação, tratamento de enfermidade; enxoval e despesas com o casamento, inclusive festa nupcial; as feitas no interesse de sua defesa em processo-crime (Código Civil, art. 2.010). Somente se apresentam à conferência, quando desproporcionais à fazenda do ascendente.

2. As mesadas e pensões, enquanto se puderem qualificar como prestações regulares de alimentos.

3. A remuneração do trabalho do filho, mesmo sob a forma de doação (art. 2.011), salvo se vier disfarçando liberalidade sem o caráter de doação remuneratória; e os bens que o dotador ou doador ordenar que sejam imputados na sua metade disponível e ali caibam.⁸⁴ A dispensa, porém, só prevalece quando outorgada no próprio título da liberalidade, ou em testamento (Código Civil, art. 2.006).

Frutos e rendimentos das coisas sujeitas à colação, e benfeitorias a ela trazidas pelo favorecido, não se trazem à conferência (Código Civil, art. 2.004, § 2º), nem os bens adquiridos com as rendas das mesmas, sejam tais acessórios anteriores ou posteriores à abertura da sucessão.⁸⁵

Perecimento. Se a coisa recebida em doação perece sem culpa do beneficiado, não está sujeito a conferir-lhe o valor no inventário do donante, vigorando a *praesumptio* de que ocorreria ainda que a doação se não tivesse cumprido. Mas, se culposa a perda, subsiste a obrigação de colacionar o valor da coisa ou a sua estimativa. Dúvida existe, todavia, na hipótese de ter sido o objeto segurado, com a indagação se o valor recebido se colaciona. Na afirmativa, argumenta-se que a indenização se sub-roga no lugar da coisa e se sujeita ao mesmo destino dela.⁸⁶ Em contrário, objeta-se com vantagem que o valor do seguro entrou para o patrimônio do herdeiro por uma causa diversa da liberalidade, e foi por ele recebido a título de contrato oneroso, celebrado com terceiro. Para a herança, houve a perda casual do objeto, que o subtrai à conferência. Não se deve agravar a situação do herdeiro, por ter sido cauteloso e prudente.

Seguro. O seguro instituído em favor de um herdeiro necessário não está sujeito à colação. Constitui estipulação em favor de terceiro (v. nº 264, *supra*, vol. III), contratada com o segurador. Deve entender-se que o valor do seguro não constitui um bem que haja saído do patrimônio do defunto e, conseqüentemente, não se deve considerar rompida a paridade das legítimas.⁸⁷

D) Como se efetua a colação. Como temos visto, a colação significa devolução da coisa ao monte, mediante a imputação do respectivo valor, certo ou estimativo, no quinhão do herdeiro donatário. O beneficiado conserva entrementes a sua guarda e posse.

O advento do novo Código de Processo Civil (de 2015) repercute na matéria, pois seu art. 639 reproduziu, em essência, a norma do art. 1.014 do anterior diploma processual (de 1973), que fora revogado pelo art. 2.004 do Código Civil de 2002.⁸⁸

No exame da evolução histórica do instituto, vê-se que nosso direito anterior ao Código de 1916 determinava ao herdeiro que trouxesse à colação “os bens de raiz recebidos” (*Ordenações*, Livro IV, Título 97, § 13). O Código Civil de 1916 mandava conferir as doações e os dotes (art. 1.786) e, se os beneficiados já os não possuísem, trariam à colação o seu valor (art. 1.787). Posteriormente, o Código do Processo Civil de 1973 determinou que a colação se efetuasse pela conferência dos bens recebidos, ou, se o herdeiro já os não possuisse, trar-lhes-ia o valor (art. 1.014). De acordo com o Código Civil de 2002, a colação tem por objeto “o valor das doações” recebidas (art. 2.002). O novo Código de Processo Civil, todavia, reintroduziu no ordenamento jurídico a regra da colação *em substância* (art. 639); e, sendo lei da mesma hierarquia jurídica do Código Civil de 2002, revogou-o, nessa parte (Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, art. 2º, § 1º)

De acordo com o sistema instituído pelo Código Civil, a colação, em regra, se fazia *em valor* (arts. 2.002 e 2.004),⁸⁹ podendo ser *em substância* na hipótese do parágrafo único do art. 2.003, ou seja, quando os bens remanescentes no patrimônio do *de cuius* fossem insuficientes para assegurar a igualdade das legítimas dos descendentes e do cônjuge.⁹⁰ O Código de Processo Civil de 2015, ao contrário, consagra a colação *em substância* (“os bens que [o herdeiro] recebeu”), mas admite a colação *em valor* na hipótese em que a coisa doada já não mais integre o patrimônio do donatário.⁹¹

Soma-se ao monte o valor da coisa recebida em doação ou dote. Ao efetuar-se a partilha, o bem colacionado lançar-se-á na folha de pagamento do herdeiro donatário,⁹² salvo se, pelo seu valor, ficar rompida a igualdade das legítimas.⁹³ Desta sorte, a restituição do bem doado, ao monte, não contraria a intenção do donante.

Quando a colação deva fazer-se em substância (que, como dito, voltou a ser a regra no direito brasileiro), não mais existindo o bem recebido, realiza-se pela estimação dele.⁹⁴ A propósito da redução das liberalidades, em confronto com a colação, já desenvolvemos esses princípios (nº 478, *supra*).

A colação, de acordo com o novo Código de Processo Civil (de 2015), se faz tomando-se por base o valor do bem “ao tempo da abertura da sucessão” (art. 639, parágrafo único).⁹⁵ Quando se tratar de colação em valor, se o valor declarado no ato de liberalidade for manifestamente desproporcional à vantagem obtida pelo donatário, podem os coerdeiros, no inventário, requerer a avaliação do bem, para identificar o que ele efetivamente valia ao tempo da abertura da sucessão.⁹⁶

A colação realiza-se no inventário, reduzindo-se a termo nos autos, ou por petição à qual o termo se reportará (novo Código de Processo Civil, art. 639). Não se cogita de colacionar em vida do doador.

Doação por ambos os cônjuges. Sendo a doação feita por um dos cônjuges, colaciona-se o valor doado no seu inventário. Mas, se *por ambos*, conferir-se-á por metade no inventário de cada um (Código Civil, art. 2.012). Entende-se, portanto, que, se os cônjuges eram proprietários em comum da coisa doada, a liberalidade fraciona-se em partes iguais, colacionando-se por metade na sucessão de um ou de outro.⁹⁷

A avaliação do bem, para este efeito, operada no primeiro inventário prevalecerá para o mesmo fim no segundo, pois que a colação é do bem, cujo valor é apresentado nos dois processos.⁹⁸

Se os bens não eram comuns aos cônjuges, ou se a doação é feita ao descendente direto de um só deles, não milita a mesma presunção, considerando-se, ao revés, que a liberalidade saiu dos bens particulares do doador, e, portanto, o valor será conferido por inteiro no seu inventário.⁹⁹

Efeitos. O bem colacionado não aumenta a meação disponível (Código

Civil, art. 2.002, parágrafo único, c/c o art. 639 do novo Código de Processo Civil), a qual será calculada segundo o valor do monte na data da abertura da sucessão. A finalidade da colação é igualar as legítimas, que se determinam em relação aos bens em poder do inventariado, acrescidos das liberalidades colacionadas. Os bens existentes na hora da abertura da sucessão compõem a herança, e a meação disponível do finado é determinada pela metade deles. Os bens colacionados adicionam-se à parte reservatória dos herdeiros necessários (Código Civil, art. 1.847).¹⁰⁰

A omissão em conferir os bens recebidos por liberalidade do *de cuius* sujeita o herdeiro à pena de sonegação (art. 2.002), como amplamente descrito em o nº 486, *supra*.

489. FORMAS DE PARTILHA: AMIGÁVEL E JUDICIAL. PARTILHA EM VIDA

Encerrado o inventário, conferidos os dotes e doações, liquidado o imposto *causa mortis*, pagas as dívidas, os bens do monte serão partilhados entre os herdeiros, observando-se a vontade do defunto e as normas legais.

Cada um dos sucessores, conforme a sua condição, receberá quota ou fração, que discriminará os bens a ele atribuídos, especificadamente.

O *instrumento de partilha* pode revestir duas formas: amigável (art. 2.015) ou judicial (art. 2.016). É lícita ainda a *partilha em vida* do ascendente (art. 2.018).

1. *Partilha amigável* representa o acordo de vontades, em que são todos os herdeiros reciprocamente outorgantes e outorgados. É mais conveniente do que a judicial, pelo fato de permitir maior flexibilidade na escolha e distribuição dos bens pelos vários quinhões, atendendo às preferências dos herdeiros, e evitando a fragmentação da propriedade e a atribuição de bens em comum a herdeiros que não tenham afinidades mútuas.¹⁰¹

Pode efetuar-se por escritura pública, por instrumento particular ou por termo nos autos. Em qualquer caso, é mister a *assinatura* do instrumento por todos os interessados, ou por procurador com poderes especiais, além da capacidade dos partilhantes. Se não houver assentimento unânime (art. 2.016), é vedada, porque aí existe ínsita uma transação. Se houver divergência, ou

ausência de um dos herdeiros, não valerá.

Pelo nosso antigo direito, a partilha amigável somente era permitida entre ascendentes e descendentes, e entre tio e sobrinho. Fora daí, era proibida.¹⁰² O Código Civil de 1916 não manteve a mesma restrição, aliás, já sacudida pelo Decreto nº 79, de 26 de agosto de 1892. Mais recentemente, também o Código de Processo Civil de 1973, na redação que a Lei nº 7.019, de 31 de agosto de 1982, deu aos seus arts. 1.031 e seguintes, contemplou a partilha amigável, celebrada entre partes capazes, permitindo sua homologação de plano pelo juiz, mediante a prova da quitação dos tributos relativos aos bens do espólio e suas rendas. O novo Código de Processo Civil (de 2015) também cogitou da hipótese de partilha amigável, em termos análogos aos da legislação agora revogada (v. nº 484, *supra*).

O escrito público, ou particular, assinado por todos os interessados, e anexado aos autos a requerimento do inventariante, ou de qualquer herdeiro, será então *homologado*. Efetuada por termos nos autos, as declarações dos partilhantes, comunicadas por escrito ou verbalmente, serão reduzidas a termo, sujeito igualmente à homologação.

Partilha extrajudicial por escritura pública. Modalidade especial de partilha amigável é aquela de que tratava, originalmente, a Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007 e que agora se encontra disciplinada no art. 610, §§ 1º e 2º, do Código de Processo Civil de 2015. Não havendo testamento (válido) ou interessado incapaz, podem os sucessores proceder à partilha por escritura pública, a qual, nesse caso, *independe* de posterior homologação por órgão do Poder Judiciário e constitui, desde logo, título hábil para qualquer ato de registro, bem como para levantamento de importância depositada em instituições financeiras. Essa modalidade de partilha, sem a intervenção judicial, constitui mera *faculdade*, podendo os interessados, ainda que maiores e capazes, dar preferência ao processo judicial (de homologação de partilha amigável) hoje disciplinado nos arts. 659 e seguintes do Código de Processo Civil de 2015.¹⁰³

Para que seja válida, a partilha extrajudicial deve ser obrigatoriamente celebrada por escritura *pública* (será nula, se por instrumento particular) e os que nela intervierem hão de estar obrigatoriamente assistidos por seus respectivos advogados, ou por advogado que lhes seja comum, ou ainda por

defensor público, cujas qualificações e assinaturas constarão do ato notarial (novo Código de Processo Civil, art. 610, § 2º).

A existência de testamento que deva ser cumprido afasta a possibilidade de utilização dessa modalidade de partilha, ainda que todos os interessados sejam maiores e capazes.

Partilha sem escrito. Não é raro, entre maiores e capazes, a partilha de efeitos móveis (dinheiro, títulos ao portador, objetos de uso, móveis e utensílios) efetuar-se com omissão de qualquer formalidade. Embora o silêncio da lei, não pode o jurista mostrar-se insensível a esta realidade prática. Não importando em quebra da *par conditio* dos herdeiros, nem vindo eivada de vícios, é um negócio jurídico válido. Os Direitos Francês e Belga a têm admitido.¹⁰⁴ Não há razão para que se condene entre nós, uma vez que se não qualifica como ato solene. Aliás, em Direito Romano entendia-se que os créditos já se dividiam sem as formalidades do *actio familiae erciscundae*, no momento mesmo da sucessão: *nomina hereditaria ipso iure inter heredes divisa sunt*.¹⁰⁵

Observa-se tendência generalizada à sustentação dos préstimos da partilha amigável, muito encarecida em confronto com a partilha judicial.¹⁰⁶ A observação profissional revela, entretanto, as preferências pela partilha judicial, em nossos meios forenses, nos grandes como nos pequenos centros.

2. *A partilha judicial é obrigatória*, se os herdeiros divergirem, ou se algum deles for incapaz (Código Civil, art. 2.016; novo Código de Processo Civil, art. 610),¹⁰⁷ e facultativa entre capazes. Será deliberada por decisão do juiz, que resolverá quanto aos requerimentos dos interessados, determinando os quinhões. Efetua-se pelo partidor que, ao lavrar o esboço, lançará os pagamentos das dívidas, calculará a meação do cônjuge e a do finado, e comporá os quinhões dos herdeiros a começar do mais velho (novo Código de Processo Civil, art. 651).

Feito o esboço, serão ouvidos os interessados, e, em seguida, sobem os autos à conclusão do juiz, que resolverá as dúvidas e reclamações, julgando-a por sentença, após o pagamento do imposto de transmissão (novo Código de Processo Civil arts. 652 e 654).

Princípio da igualdade. Na partilha, qualquer que seja a sua forma, será observada maior igualdade possível entre os quinhões (Código Civil, art.

2.017; novo Código de Processo Civil, art. 648, nº I). Não apenas a *igualdade matemática*, como, também, a *igualdade qualitativa*: os pagamentos aos herdeiros da mesma classe far-se-ão em cifras iguais, e serão constituídos de bens de igual natureza. Conterão, tanto quanto possível, a mesma quantidade de móveis, de créditos, de dinheiro, de direitos, de imóveis, e quanto a estes, com observância de sua classificação.

Atender-se-á à distribuição da herança *por linhas*, nos casos em que estas se tenham de observar (nº 445, *supra*). Mas aos menores atribuir-se-ão de preferência bens de raiz.

Não se deixará, contudo, de atender à *comodidade dos herdeiros*, com adjudicação do que seja mais proveitoso a cada um, em razão da idade e de suas qualidades individuais, suas profissões, relações pessoais recíprocas, sem perder de vista outros bens de que já sejam possuidores, e tudo mais que concorra para a melhor distribuição dos haveres do monte, como para *evitar dívidas e litígios futuros*.¹⁰⁸ O novo Código de Processo Civil faz expressa menção a todos esses objetivos (art. 648).

3. *Partilha em vida*. Admite-se, ainda, uma terceira forma de partilha, esta já não concertada entre os interessados, nem determinada pelo juiz, mas realizada pelo ascendente.

Sua origem histórica é remotíssima, conhecida nos Direitos egípcio, hindu e hebreu. A sua presença em nossos costumes vem do Direito Romano, que a conheceu sob as duas modalidades que ainda hoje se praticam: partilha por via de doação (*divisio parentum inter liberos*) e por meio de testamento (*testamentum parentum inter liberos*) de que as fontes dão notícia (Código, Livro III, Título 36, Lei 26; *Novela* 18, Capítulo VII; *Novela* 107, Título VIII, Capítulo 1º).

Na falta de lei que expressamente o autorizasse em nosso direito pré-codificado, praticava-se com remissão ao Direito Romano. Os civilistas faziam-lhe, contudo, restrições, que ecoavam na jurisprudência, a esse respeito vacilante e insegura.¹⁰⁹

O Código Civil de 1916 autorizou (art. 1.776) a partilha por testamento ou doação, produzindo efeitos desde logo neste último caso, ou *post mortem* no primeiro; o Código atual repetiu a norma, mas, atendendo à doutrina,¹¹⁰ substituiu a expressão “pai” por “ascendente”. A sua validade está na

dependência de que se não prejudiquem as legítimas dos herdeiros necessários (Código Civil, art. 2.018).

Posto se não possa duvidar de sua juridicidade, os autores criticam, às vezes, desfavoravelmente, a partilha realizada pelo ascendente,¹¹¹ por se desprover este de sua fazenda.

Ela é inspirada no propósito de preservar as boas relações entre os irmãos – *ut fraterno certamine eos preservent* (Código, Livro III, Título 36, Lei 26; *Novela* 18, Capítulo VII), o que nem sempre consegue.

Ao tempo do Código revogado, a particularidade que a assinalava era que somente se franqueava ao pai, em relação aos filhos (Código Civil, art. 1.776), compreendida evidentemente no vocábulo “pai” uma referência abrangente também da “mãe”. O Código vigente alude, de modo mais amplo, a “ascendente”: pode valer-se dela, por exemplo, o avô cujos herdeiros sucessíveis sejam os netos (Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 24.5, pág. 402).

Num balanço de opiniões, especialmente na literatura jurídica da França, onde muito se tem praticado, pesam mais as favoráveis do que as adversas. Estas últimas vão-se fundar no risco que correm os partilhantes, já apontado na velha fórmula de Loysel: *Qui lesien donne avant de mourir bientôt s'apprête à moult souffrir*.¹¹²

Discute-se, no plano doutrinário, se se deve considerar sucessão antecipada ou doação, e ao propósito sustentam-se as duas teorias. Se se ativer o observador à sua forma, poderá defender uma ou outra, tendo em vista que ora reveste a do testamento, ora a da doação. Uma se efetua pelo ascendente como a maneira que melhor se lhe afigura de distribuir os seus bens *inter liberos*, mas produzindo efeitos depois de sua morte. A outra se realiza com a participação do partilhante e dos favorecidos, gerando as consequências imediatamente. Mas se atentarmos para a natureza do ato, veremos que essa partilha visa a proporcionar aos sucessores a aquisição antecipada dos bens que só a morte do ascendente lhe asseguraria. A sua natureza jurídica define-se como uma sucessão antecipada.

A partilha em vida não importa, portanto, em liberalidade, porém realiza o objetivo de atribuir por antecipação a cada herdeiro os bens que na sucessão do ascendente lhe deveriam tocar. É ato estritamente familiar, e somente

permitido ao ascendente.¹¹³

Celebrada por ato *inter vivos* ou por disposição de última vontade, está, entretanto, sujeita à revisão judicial. Se tiver sido quebrada a *par conditio* dos herdeiros, não prevalecerá. Se não abranger todos os bens que venham a existir na data da morte, obedecerá às prescrições legais a partilha dos que não tiverem sido compreendidos no testamento ou distribuídos em doação.¹¹⁴

Partilha-doação. A partilha em vida típica é a que se efetiva por doação. Valerá como tal, sujeitando-se aos requisitos e às vicissitudes das doações em geral (nº 231, *supra*, vol. III); forma, capacidade, aceitação; respeito às legítimas dos herdeiros necessários; colação dos valores por constituir antecipação de legítima; abrangência dos bens atuais, apenas, e exclusão dos futuros; ineficácia em se compreender a totalidade dos bens do doador, salvo reserva de renda para a subsistência deste.¹¹⁵

E assim efetuada é irrevogável.¹¹⁶

Deve compreender todos os filhos (ou os descendentes mais remotos que sejam chamados por direito próprio): se for omitido algum, é nulo o ato, salvo se o não incluído premorrer, for declarado indigno, ou renunciar à herança.¹¹⁷ Produz desde logo os seus efeitos.

Partilha-testamento. Adotada a forma testamentária, prevalece como disposição de última vontade, e sujeita-se aos requisitos do testamento; somente produz efeitos após a morte do disponente; é passível de revogação a todo tempo; mas pode compreender todos os bens presentes e futuros.¹¹⁸ Difere, contudo, do testamento ordinário, uma vez que não contém designação de herdeiro, mas simplesmente reparte o acervo entre aqueles que são os chamados *ope legis*.

Composição de quinhões pelo testador (Código Civil, art. 2.014) – O presente artigo, como inovação advinda do Projeto do Código Civil de 1965, contém uma faculdade, concedida ao testador, de deliberar a partilha. Funda-se em que ninguém melhor do que o de cujus tem conhecimento dos destinatários de seu patrimônio, para saber o que a cada um dos seus herdeiros calha melhor. Não se trata, aqui, da partilha em vida, que é objeto do art. 2.018. O que ora se cogita é de deliberação do disponente, indicando o modo de composição dos quinhões. A sua vontade não prevalecerá se

desconvier o valor dos bens, em relação às quotas estabelecidas.

Diversamente, porém, do que se passa no direito português,¹¹⁹ a eficácia da manifestação do testador, no preenchimento dos quinhões, não está subordinada à posterior aquiescência dos herdeiros.

Efeitos em relação a terceiros. Muito se tem discutido se a partilha *parenttum inter liberos* transmite, com os bens, as dívidas do pai. Discorrem de um lado os que extraem de sua natureza sucessória a resposta afirmativa. Mas de outro lado disceptam os que entendem que há mister uma convenção para que opere o efeito translático das obrigações. Não nos parece que haja lugar para uma solução radical. Tudo depende da forma adotada. Se se adotar a partilha-doação, os sucessores recebem os bens, exonerados dos débitos, salvo se do instrumento resultar que os assumem. Ficam, entretanto, sujeitos à ação pauliana, se o partilhante-doador fraudar a garantia de seus credores, pois que *nemo liberalis nisi liberatus*, como antes já dissemos (nº 93, *supra*, vol. I). Mas se se fizer a partilha por testamento, os credores que o forem na abertura da sucessão terão a faculdade de receber dos herdeiros, *intra vires hereditatis*, os valores de seus créditos.¹²⁰

Frutos e rendimentos. Os frutos dos bens da herança pertencem a todos os herdeiros. O inventariante ou o herdeiro que os perceber, como administrador, dará contas aos demais, respondendo ainda pelos danos que causar por culpa sua.

Se, ao invés de proventos, o administrador realizar despesas, reembolsar-se-á antes da partilha (Código Civil, art. 2.020).

Mas tanto os frutos, como os encargos, serão levados em linha de conta.

Antecipação do uso e gozo de bem a herdeiro (tutela antecipada). O parágrafo único do art. 647 do Código de Processo Civil de 2015 traz inovação interessante e útil, consistente na possibilidade de o juiz, “em decisão fundamentada, deferir antecipadamente a qualquer dos herdeiros o exercício dos direitos de usar e de fruir de determinado bem, com a condição de que, ao término do inventário, tal bem integre a cota desse herdeiro, cabendo a este, desde o deferimento, todos os ônus e bônus decorrentes do exercício daqueles direitos”.

Cuida-se de modalidade *específica* de antecipação dos efeitos da tutela, por meio da qual se atribuem a um ou a mais herdeiros, *antes* da partilha, as

faculdades de uso e gozo de determinado bem, componente do acervo hereditário. Deferida a antecipação, o(s) herdeiro(s) beneficiado(s) passa(m) a suportar os ônus inerentes ao exercício daquelas faculdades (v.g., pagamento de tributos, despesas com a conservação do bem, etc.), mas aufere(m), desde logo, as vantagens correspondentes (v.g., percepção dos frutos). Em outras palavras, o bem é destacado da comunhão hereditária e antecipadamente imputado no quinhão de certo(s) herdeiro(s).

A antecipação da tutela, nesses casos, acarretará uma *partilha parcialmente antecipada*, pois o bem em questão deverá integrar o quinhão do herdeiro por ela beneficiado. Os demais bens do espólio constituirão objeto da futura partilha, após o cumprimento de todas as etapas do processo de inventário. Mas a lei processual apenas concede ao beneficiado pela decisão antecipatória o *uso* e o *gozo* do bem, não sendo lícita a prática de atos de *disposição*, enquanto não realizada a partilha definitiva.¹²¹

490. VENDA DE IMÓVEL. LICITAÇÃO. TORNAS E REPOSIÇÕES

Quando bens insuscetíveis de cômoda divisão não couberem na meação do cônjuge sobrevivente ou no quinhão de um só herdeiro, serão vendidos judicialmente, dividindo-se o preço, a não ser que haja acordo para serem adjudicados a todos (Código Civil, art. 2.019, *caput*).

Observa-se, inicialmente, que é matéria de fato a apuração, se a coisa comporta divisão cômoda. Mas não há mister a realização de perícia para isto.¹²² Basta, para verificá-lo, o bom-senso do juiz, que o dirá ao deliberar a sua inclusão nos quinhões de mais de um herdeiro, ou ao deferir a sua alienação.

Pode acontecer, por outro lado, que a partilha de um bem imóvel (ainda que seja ele o único do espólio) vá determinar uma fragmentação economicamente desaconselhável. Será então preferível vendê-lo ou imputá-lo no quinhão de um só herdeiro ou na meação do cônjuge (Código Civil, art. 2.019, § 1º), atribuindo-o integralmente em um só pagamento.¹²³ Esta última solução pode ser, mesmo, a mais adequada, em face da legislação especial que regula a distribuição da propriedade rural, e condena o seu desmembramento, quando daí resulte a constituição de unidades

economicamente inconvenientes à exploração agrícola e pastoril (v. nº 487, *supra*).

Adjudicado o bem a um único herdeiro ou ao cônjuge sobrevivente, a este ou àquele, conforme o caso, caberá repor aos demais, em dinheiro, a diferença, após avaliação atualizada (art. 2.019, § 1º).

Ordenada a venda do imóvel, esta obedecerá às disposições processuais respectivas (novo Código de Processo Civil, art. 730).

Licitação. Se mais de um herdeiro requerer a imputação do bem no seu quinhão, proceder-se-á à *licitação* (Código Civil, art. 2.019, § 2º), que consiste num leilão efetuado entre os requerentes, em dia previamente designado pelo juiz, atribuindo-se o bem ao que oferecer maior lance, e *ipso facto* incluindo-se no seu pagamento.¹²⁴

Ao cessionário cabem iguais prerrogativas, se requerer a adjudicação e concorrer com outro cessionário, ou com herdeiro ou cônjuge, na licitação, porque é um sub-rogado nos direitos do cedente, e a este equiparado.¹²⁵

Imposto entre vivos. O adjudicatário estará sujeito ao imposto de transmissão *inter vivos* sobre a parte excedente de sua quota hereditária, independentemente do tributo *causa mortis* incidente sobre sua herança. São na verdade duas situações distintas: o herdeiro adquire a sua quota *iure successionis*; mas a parte excedente lhe advém num ato aquisitivo entre vivos, equivalente à compra e venda. Há dois fatos geradores distintos. No sistema constitucional em vigor, a competência para a instituição de tal imposto de transmissão *inter vivos* é dos Municípios (Constituição de 1988, art. 156, nº II).

Tornas e reposições. A partilha tem de respeitar os direitos dos herdeiros, com observância de rigorosa igualdade. A equivalência matemática nem sempre corresponde à igualdade qualitativa, dado que os valores do monte são quantitativamente desiguais. Ao ensejo de colocar coisas de estimativa diversa em quinhões que têm de ser quantitativamente homogêneos, surge o problema que é resolvido pelas *tornas e reposições* em dinheiro, a que se sujeita o herdeiro, em cujo pagamento é colocado um bem de valor excedente do que se quadra no seu quinhão hereditário. A reposição se fará em benefício do coerdeiro que suportar a diminuição.

Também neste caso, é devido imposto entre vivos.

491. HOMOLOGAÇÃO DA PARTILHA

A partilha, amigável ou judicial, está sujeita à observância de certas exigências, para que não sofram prejuízo os herdeiros.

O princípio cardeal é o da igualdade, que o Código Civil (art. 2.017) e os princípios jurídicos tradicionais querem rigorosa, seja quanto ao valor dos bens (*equivalência matemática*), seja quanto à natureza e qualidade das coisas nos quinhões dos herdeiros (*igualdade qualitativa*). Quer isto dizer que os pagamentos serão expressos em cifras iguais e conterão bens equipolentes. Cada um receberá, sempre que possível, no bom e no mau, em coisas corpóreas e incorpóreas, em móveis e em imóveis, e assim em diante.

Se a igualdade matemática é intransponível, a equivalência qualitativa comporta transigências, quando se não possa obter em razão da heterogeneidade dos bens da herança. O nivelamento é então conseguido pelas *tornas e reposições*, como visto no parágrafo anterior.

Mas, em certos casos, é convinável a atribuição de certos bens a certos herdeiros. Aos incapazes devem caber prioritariamente imóveis. Na atribuição de imóvel rural, a proximidade com outro já pertencente a herdeiro é de se respeitar. Se o finado era empresário, e houver legitimidade e conveniência na continuação das atividades empresariais com os herdeiros, serão incluídas nos quinhões dos maiores e capazes as cotas-partes no estabelecimento.

Observadas as regras fundamentais, os autos sobem ao juiz para a *homologação*, que é ato jurisdicional de aprovação e perpetuidade da partilha do acervo. É ela que impõe o selo de autenticidade ao *discrímen* e individuação dos bens no quinhão de cada herdeiro. É ainda pela homologação que o Estado interpõe a sua vontade na atribuição dos bens da herança aos sucessores, retrotraindo os seus efeitos à data da abertura da sucessão, por tal arte, que se presumem pertencentes aos respectivos donos, desde a abertura da sucessão, como se verá em seguida, sob a rubrica dos “efeitos da homologação”.

Sobrepartilha. Verificado que no monte incluem-se bens ilíquidos, litigiosos ou situados em lugar remoto – embaraçando o encerramento do processo –, efetuar-se-á desde logo a partilha dos outros, reservando-se os de

difícil liquidação para *sobrepartilha* ulterior, sob a guarda do mesmo ou de outro inventariante, a apazimento da maioria, e com observância das mesmas regras impostas à partilha (Código Civil, art. 2.021; novo Código de Processo Civil, arts. 669 e 670).

Sobrepartilhados serão, também, os bens que se não encontrarem descritos no inventário, por sonegados ou descobertos depois da partilha (Código Civil, art. 2.022).

Divisão geodésica. Antes de julgada a partilha, poderá ser feita a divisão geodésica de imóvel rural. Requerida pelos interessados, e indicado agrimensor, o juiz determinará que se passe a um procedimento divisório sumário, lançando-se as cotas-partes na coisa dividenda, de molde a habilitar o juiz, quando homologar a partilha, a deixar consignada e individuada a parte de cada um, e com extinção do condomínio.¹²⁶

Desta sorte, logra-se a um só tempo o julgamento da partilha do acervo (*actio familiae erciscundae*) e a cessação do estado de indivisão dos imóveis transmitidos aos herdeiros (*actio communi dividundo*).

Os mesmos critérios e fundamentos justificam a divisão de imóvel urbano, quando jurídica e economicamente possível. Assim, se no monte houver um terreno compreendendo área global, mas suscetível de parcelamento que atenda às exigências dos códigos municipais de edificação e construção, poderá a partilha realizar o seu fracionamento em lotes individuados, cuja atribuição aos herdeiros já proporcionará recebê-los como coisas certas e distintas, e sem os inconvenientes do estado de indivisão.

A *partilha de edifícios* suscetíveis de divisão em unidades autônomas poderá gerar a *propriedade horizontal*, dando nascimento à atribuição de apartamentos ou conjuntos profissionais aos herdeiros, embora no monte o prédio conste como um todo. A sucessão hereditária é, aliás, uma das fontes geradoras do condomínio especial, como em outra obra evidenciamos,¹²⁷ sendo que o Código Civil expressamente prevê a instituição do “condomínio edilício” por testamento (art. 1.332). Cumpre, todavia, não olvidar que é da essência da propriedade horizontal a simbiose orgânica da fração ideal do terreno com a construção. É, então, que, na partilha, o quinhão do herdeiro mencionará o apartamento ou conjunto profissional, com a sua descrição individuada, e ao mesmo tempo a fração ideal correspondente, precisamente

determinada.

Efeitos da homologação. Homologada a partilha, cada herdeiro assume os bens que lhe tocarem. É certo que pela abertura da sucessão se transmite, desde logo, a posse e a propriedade da herança aos herdeiros legítimos e testamentários (Código Civil, art. 1.784). Mas até a partilha, os herdeiros têm os seus direitos expressos em frações ideais no conjunto dos bens do monte.

Homologada que seja, distribuem-se especificamente. Mas, como a partilha tem efeito meramente declaratório¹²⁸ e não atributivo da propriedade, considera-se que o herdeiro é o proprietário e possuidor dos bens inscritos no seu quinhão, como se o fora desde a data do óbito.¹²⁹ Explica-se este fenômeno por uma *fiction iuris*, que opera como se o herdeiro, desde a abertura da sucessão, já houvesse recebido, discriminativamente, as coisas que a partilha lhe atribui, embora esta se efetive bem depois.

A sentença homologatória, tornando a partilha definitiva entre os que nela tenham sido contemplados,¹³⁰ realiza aquela ficção. Diz-se, por isso mesmo, que a sentença homologatória tem efeito *retrooperante*, para fazer retroagir a discriminação dos bens à data do óbito, com abstração do tempo intermédio.¹³¹ O herdeiro não passa a ser dono de seu quinhão a partir da sentença, porém esta retroage à data do óbito. Cada herdeiro, que até a homologação tinha um direito expresso em quota ideal do todo, considera-se que é o titular das coisas a ele atribuídas, como se o fosse desde a morte do inventariado.

Formal de partilha. Passada em julgado a sentença homologatória da partilha, os herdeiros recebem um *formal*, que lhes servirá de documento. Nele se faz a reprodução sucinta do processo de inventário, contendo: o termo de inventariante e o título de herdeiros; a avaliação dos bens; o pagamento do quinhão hereditário com a descrição dos bens, a menção das confrontações, a consignação das servidões ativas e passivas, tudo, enfim, que seja de molde a produzir a inteira individuação das coisas; a certidão de pagamento dos impostos; e a sentença final com a referência ao seu trânsito em julgado.

É lavrado pelo escrivão do inventário, e deve trazer a assinatura do juiz.¹³²

Se o quinhão hereditário não for superior a cinco vezes o valor do salário-mínimo, o formal de partilha poderá ser substituído por certidão de seu

pagamento. Na certidão, será transcrita a sentença de partilha transitada em julgado (novo Código de Processo Civil, art. 655, parágrafo único).

Registro. Já vimos que, em nosso direito, a aquisição da propriedade por ato entre vivos opera-se pelo registro do título, se for coisa imóvel, ou pela tradição, se for móvel (nº 302, vol. IV). E vimos, também, que por causa de morte ela se adquire pela sucessão imediata, sem solução de continuidade, e por tal arte que, no último instante de vida, o patrimônio é do sucedendo, e, defunto ele, passa aos seus herdeiros (nº 430, *supra*).

Ficou esclarecido e explicado que o registro não tem efeito translaticio dos bens da herança (nº 303, vol. IV).

Não obstante isto, o formal de partilha será transcrito no registro da sede do imóvel (Lei nº 6.015, de 31 de dezembro de 1973, art. 167, nº I, 25), e, se o quinhão do herdeiro contiver imóveis sitos em locais diversos, em uns e outros se registrará. Se se tratar de imóveis situados em comarcas ou circunscrições limítrofes, de igual modo, em todas elas se procederá ao registro (Lei nº 6.015, art. 169, nº II). O registro tem duplo efeito: publicitário e de continuidade histórica. Pelo primeiro, torna-se *público* que dado imóvel é propriedade da pessoa, e por força de título hereditário. Pelo segundo, conserva-se a *seriação dominial*, permitindo a todo tempo remontar às origens.

No caso de partilha realizada, entre herdeiros capazes, por escritura pública (novo Código de Processo Civil, art. 610, §§ 1º e 2º), far-se-á o registro da própria escritura, com idênticos efeitos aos do registro do formal de partilha oriundo de processo de inventário judicial.

492. GARANTIA DOS QUINHÕES HEREDITÁRIOS

Até a partilha, permanece o estado de indivisão. Os herdeiros são condôminos e copossuidores dos bens de herança, por cotas ideais, estabelecendo-se o condomínio com todas as suas características (Código Civil, art. 1.791, parágrafo único). A abertura da sucessão constitui, mesmo, uma das suas causas geradoras.

Julgada a partilha, fica o direito de cada um dos herdeiros circunscrito aos bens de seu quinhão (Código Civil, art. 2.023).

Se a partilha for lesiva aos direitos de qualquer dos herdeiros, ou inquinada de algum dos defeitos do negócio jurídico, anula-se (nº 493, *infra*).

Pode ocorrer, entretanto, que, embora aparentemente escoreita e igualitária, a partilha traga em si o germe da disparidade. Particularmente, tem-se aqui em vista a *evicção* do bem integrante do quinhão. Tal perda, significando o reconhecimento de direitos a um terceiro, anteriores à abertura da sucessão, tem a consequência de se traduzir em situação equivalente à inclusão de coisa alheia na folha de pagamento, e de ser esta consequentemente desfalcada do respectivo valor (nº 209, *supra*, vol. III).

Posto não prevaleça em nosso direito a concepção romana da mútua transmissão da propriedade entre partilhantes (nº 487, *supra*), a lei estabelece a obrigação de reciprocamente se indenizarem no caso de *evicção dos bens aquinhoados* (Código Civil, art. 2.024). Pode-se, portanto, dizer que os coerdeiros são garantes uns dos outros quanto às turbações e evicções que qualquer deles venha a sofrer.¹³³

A garantia não depende da forma da partilha,¹³⁴ e tanto se dá na evicção total quanto na parcial.

Sofrendo a evicção, o copartilhante não necessitará de promover a nulidade da partilha, para refazê-la em obediência ao princípio da igualdade, rompido pela perda judicial da coisa. Obterá reparação às expensas dos coerdeiros, *pro rata* de suas quotas.¹³⁵ Nesse caso, o evicto será indenizado em dinheiro, pelos coerdeiros, na proporção de seus quinhões, levando-se em consideração, neste cálculo, a parte do evicto também. Mas, se algum deles se achar insolvente, responderão os demais na mesma proporção, pela parte dele, menos a quota-parte correspondente ao indenizado (Código Civil, art. 2.026).¹³⁶

Para efeito ressarcitório, toma-se o valor da coisa ao tempo da partilha, e não pelo que apresentava ao tempo em que se eventeu.¹³⁷ A responsabilidade dos coerdeiros abrangerá, além do valor do bem partilhado, eventual indenização imposta ao evicto (nas hipóteses do art. 450 do Código Civil), a ser também repartida entre todos, proporcionalmente.¹³⁸

Esta responsabilidade pode ser afastada em dois casos (Código Civil, art. 2.025): *a) convenção* em sentido contrário, no ato da partilha ou em

instrumento em separado, pelo qual o herdeiro liberta expressamente os demais das consequências, sendo, todavia, mister que a cláusula excludente seja inequívoca e não genérica; *b*) se a evicção se der *por culpa do evicto*, ou por fato posterior à partilha, ou quando não se defendeu convenientemente. No direito italiano, admite-se a exclusão dessa responsabilidade, em termos análogos.¹³⁹

Preexistindo à partilha a *causa evictionis*, deve-se considerar que o bem partilhado nunca pertenceu ao monte.¹⁴⁰ Portanto, o herdeiro o adquiriu a *non domino*, com quebra do princípio de igualdade. Mas se o fato gerador da perda da coisa for posterior a ela (como se foi privado do bem por usucapião que se completou ulteriormente), a mesma situação não ocorre: o bem integrava a herança, e por efeito da partilha individuou-se no patrimônio do herdeiro. Se veio a dele sair por culpa sua, *sibi imputet*, não colhendo chamar à responsabilidade os coerdeiros.

Não cabe a garantia dos herdeiros por evicção do legado.¹⁴¹

Não mais deve prevalecer o entendimento, anteriormente sustentado com base na opinião de Itabaiana de Oliveira,¹⁴² segundo o qual perderia o direito à indenização o evicto que deixasse de denunciar a lide aos coerdeiros. Semelhante interpretação já não se mostrava atual ao tempo do Código de Processo Civil de 1973, como acentuado em edições anteriores deste volume (a partir de 2004). No sistema do Código de Processo Civil de 2015, a denúncia da lide é, sempre, meramente *facultativa* (art. 125, § 1º); se for requerida pelo evicto, terá por fundamento o inciso II do art. 125 do novo diploma processual, e não o inciso I, pois os coerdeiros não são “alienantes” do bem lançado no quinhão do herdeiro evicto. Além disso, a evicção não é propriamente do herdeiro, e sim *do espólio* (Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 24.7).

Não ocorrendo a denúncia da lide, o herdeiro evicto pleiteará a indenização cabível por meio de ação autônoma.

Dada a natureza jurídica da evicção, a garantia, que se devem os coerdeiros, compreende tão só as turbações de direito. Não abrange as vias de fato de terceiros, nem se estende aos vícios redibitórios.¹⁴³

O prazo para a propositura da ação pelo herdeiro evicto é o ordinário e se

conta da data da evicção (Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LX, § 6.015, nº 2). No sistema do Código Civil, tal prazo é de dez anos (art. 205); e, se já se encontrava em curso quando entrou em vigor o Código, incide o art. 2.028.

493. INVALIDADE DA PARTILHA: AÇÃO ANULATÓRIA E RESCISÓRIA

A partilha é ato material e formal, estando, portanto, sujeita a requisitos de forma e de substância. Quando amigável, requer a capacidade dos outorgantes; se judicial, a obediência aos trâmites do processo. Em todos os casos, a homologação ou o julgamento pela autoridade judiciária competente.

Intrinsecamente, deverá obedecer ao princípio da igualdade (Código Civil, art. 2.017).

Uma vez feita e aprovada, vale como um negócio jurídico, e como tal produz os seus efeitos.

Pode ser atacada pelas mesmas causas que inquinam de ineficácia os negócios jurídicos em geral (Código Civil, art. 2.027): iliceidade, impossibilidade de objeto, inobservância de requisito formal, incapacidade; erro, dolo, coação.¹⁴⁴

O Código Civil de 1916, sob a rubrica “Da Nulidade da Partilha”, dizia ser o ato “*anulável* pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os atos jurídicos” (art. 1.805); mas, logo em seguida, fazia remissão a seu art. 178, § 6º, nº V, que tratava de prazo prescricional da “ação de *nulidade* da partilha”. Era flagrante a desarmonia terminológica entre os dispositivos (Clóvis Beviláqua, *Comentários*, comentário ao art. 1.805; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LX, § 6.020, nº 1), o que gerava profunda controvérsia quanto às hipóteses ali abrangidas. Em edições deste volume anteriores ao Código Civil de 2002, sustentou-se (com o registro da opinião contrária de Clóvis Beviláqua)¹⁴⁵ que o prazo de que tratava o art. 178, § 6º, nº V, se aplicava indistintamente tanto às ações que tivessem por alvo a partilha *nula*, quanto às que pretendessem alcançar aquela meramente *anulável*. Embasando o ponto de vista, invocavam-se, naquele contexto, as manifestações concordes de outros juristas.¹⁴⁶

O Código em vigor, como resulta de sua Parte Geral (arts. 166 e segs.),

procurou ser bem mais preciso quanto ao emprego das expressões “nulo”, “anulável” e respectivos cognatos. Essa orientação se colhe igualmente da Parte Especial: veja-se, por exemplo, o art. 1.549, o qual, ao cuidar de hipótese de casamento *nulo*, alude à “decretação de nulidade” (e não à “anulação”), em fórmula repetida no art. 1.563; enquanto isso, os arts. 1.551 e 1.552, inseridos no mesmo Capítulo, usam corretamente o verbo “anular” e o substantivo “anulação” ao se referirem a casos de casamento meramente *anulável*; e, pouco adiante, o art. 1.560 arrola os prazos para o ajuizamento de “ação de anulação”, também aqui se valendo do substantivo para indicar hipóteses de verdadeira *anulabilidade*, e não de *nulidade*. Semelhante apuro terminológico deve servir de guia na interpretação de outros dispositivos concernentes às espécies de *invalidade* dos negócios jurídicos: presume-se que o legislador tenha pretendido abranger apenas uma, quando somente a esta faça referência.

No que diz respeito à partilha, o Código Civil situa o art. 2.027 (correspondente ao art. 1.805 do diploma revogado) em capítulo intitulado “Da *Anulação* da Partilha”, assim harmonizando o substantivo assinalado com o adjetivo (“anulável”) agora repetido. E, de forma coerente, o parágrafo único, que cuida de prazo extintivo para a propositura da correspondente ação, emprega o verbo “anular” – nele não se cogitou de “decretação de nulidade”, nem se cuidou de separar uma ação da outra, como feito, v.g., no art. 1.562. Considerando a preocupação do legislador em distinguir claramente as hipóteses de nulidade das de anulabilidade – cuidado que se reflete na terminologia empregada tanto na Parte Geral, como na Parte Especial –, não parece restar dúvida de que a norma do art. 2.027 abarca somente a de partilha *anulável*, sujeita ao prazo decadencial de um ano. Outras considerações, que a seu tempo serão formuladas, robustecem tal afirmação.

É preciso conjugar, porém, esse novo art. 2.027¹⁴⁷ com a disciplina contida no novo Código de Processo Civil (de 2015), em cujos arts. 657 e 658 se enunciam hipóteses, respectivamente, de *anulação* de partilha amigável e de *rescisão* de partilha judicial (“julgada por sentença”).

No primeiro desses dois dispositivos do diploma processual, previu-se ação anulatória de partilha amigável, firmada por partes capazes e homologada em juízo, e daquela celebrada por escritura pública, quando a lei a permitir (novo

Código de Processo Civil, art. 610, § 1º). Objeto da ação é o *negócio jurídico* celebrado pelos sucessores (ou cessionários), e não a subsequente sentença homologatória (do art. 659 do novo Código de Processo Civil);¹⁴⁸ mas, anulado aquele, esta não mais subsistirá (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários ao Código de Processo Civil* [de 1973], vol. IX, t. I, nº 94). Os possíveis fundamentos desta ação anulatória – diz a lei – são dolo, coação, erro essencial ou intervenção de incapaz; mas não é exaustivo o rol, como agora confirmado pela remissão feita ao § 4º do art. 966 do novo diploma processual, que admite a anulação, “nos termos da lei”, de “atos de disposição de direitos, praticados pelas partes ou por outros participantes do processo e homologados pelo juízo”. O prazo para sua propositura (*decadencial*)¹⁴⁹ é de um ano, cujo termo inicial varia, segundo a causa de pedir: no caso de coação, conta-se o prazo do dia em que ela cessou; no de erro ou dolo, do dia em que se realizou o ato; quanto ao incapaz, do dia em que cessar a incapacidade (Código de Processo Civil de 2015, art. 657, parágrafo único).

Não cabe, todavia, a ação *anulatória*, se o juiz apenas chancela proposta de partilha apresentada pelo partidor, inventariante ou qualquer herdeiro, mas não antecedida do negócio jurídico a que alude o art. 2.015 do Código Civil: este é pressuposto daquela (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários*, cit., nºs 94 e 98; Humberto Theodoro Júnior, *Curso de Direito Processual Civil*, vol. III, nº 1.413).

Já no art. 658 do novo Código de Processo Civil, cogita-se de ação rescisória *da sentença* que deliberou sobre a partilha: aqui, o objeto da ação é *o próprio ato jurisdicional*. Seus três incisos cuidam de hipóteses específicas de ação rescisória, que *se somam* àquelas do art. 966 do novo Código de Processo Civil (assim, no direito anterior, José Carlos Barbosa Moreira, *Comentários...*, vol. V, nº 89): o pedido de rescisão (*da sentença*) pode tanto fundar-se em qualquer dos motivos previstos no art. 658, como naqueles (aplicáveis à generalidade das sentenças de mérito) do art. 966 (por exemplo, incompetência absoluta do juiz, ofensa à coisa julgada ou manifesta violação à norma jurídica etc.). Assim, entre os possíveis fundamentos da rescisória se inclui o de contrariedade ao art. 2.017 do Código Civil, quando a partilha houver deixado de observar o princípio da igualdade.

É rescindível a *sentença* de partilha, de acordo com aquele art. 658: (a) nos mesmos casos em que a partilha *amigável* pode ser *anulada*; (b) se a partilha foi feita com preterição de formalidades legais; (c) se preteriu herdeiro ou incluiu quem não o seja. Tratando-se de verdadeira ação rescisória – e não de anulatória do negócio jurídico da partilha *amigável* –, o prazo para seu ajuizamento é de dois anos, contados, em regra, do trânsito em julgado da sentença que julgou a partilha, como disposto no art. 975 do novo Código de Processo Civil, ressalvadas as hipóteses dos seus §§ 2º e 3º.

A ação *rescisória* do art. 658 do diploma processual não se confunde, portanto, com a ação para “anular a partilha”, prevista no art. 2.027 do Código Civil: diferem quer quanto ao objeto (que, na primeira, é sempre a *sentença*), quer quanto ao procedimento, quer ainda quanto à competência para o respectivo julgamento. São também diversos, como assinalado, os prazos para a propositura de uma e outra.

Como, no entanto, devem conjugar-se as hipóteses do art. 657 do novo Código de Processo Civil e do art. 2.027 do Código Civil de 2002? A terminologia é afim (“anulada”, “anulação”, “anulável”,) e os prazos, idênticos. Em sua literalidade, porém, o Código Civil (mesmo após a alteração redacional trazida pelo art. 1.068 do novo Código de Processo Civil) parece não se limitar à partilha *amigável*, que constitui o específico objeto da ação do art. 657 do diploma processual: ausente aquele adjetivo, no art. 2.027, o intérprete seria induzido a supor que também a partilha *judicial* poderia ser alvo da ação anulatória neste prevista.

Exclua-se, contudo, a possibilidade de a ação anulatória do art. 2.027 do Código Civil de 2002 dizer respeito a outra partilha *diversa daquela prevista em seu art. 2.015*. Nos casos de partilha *decidida* por juiz (art. 2.016), o ato material da partilha, elaborado pelo partidor ou sugerido por algum sucessor, não pode ser atacado diretamente: a tanto se oporia a coisa julgada, apenas passível de desconstituição na via da ação rescisória (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários...*, cit., nº 97).

A conclusão a que se chega é a de que os remédios previstos no art. 657 do Código de Processo Civil e no art. 2.027 do Código Civil consubstanciam, em realidade, uma única ação anulatória, com iguais fundamentos e idêntico prazo decadencial. Os dispositivos *complementam-se*; não se excluem.

Sendo a partilha (do art. 2.015) “anulável pelos vícios e defeitos que invalidam, em geral, os negócios jurídicos”, tem-se por passível de anulação a que resultar de *lesão*, como proclamado, com apoio em sólida doutrina,¹⁵⁰ nas edições deste volume anteriores ao Código Civil de 2002: a premente necessidade ou a inexperiência do signatário da partilha amigável pode justificar o pedido de anulação com tal fundamento, se do negócio resultar participação no acervo hereditário “manifestamente desproporcional” ao quinhão que lhe deveria ter sido atribuído. O Código Civil italiano (art. 763) expressamente contempla – como o fazia, em sua redação original, o francês (art. 887)¹⁵¹ – a hipótese de anulação da partilha por *lesão*, embora, diversamente do nosso, exija que a diferença corresponda a mais de um quarto do quinhão efetivamente devido.¹⁵² Deve-se admitir, entre nós, com base no art. 157, § 2º, do Código Civil, e conforme se passa no ordenamento italiano, que o réu da ação anulatória da partilha, oferecendo ao herdeiro prejudicado o suplemento de sua porção hereditária, impeça a anulação do negócio jurídico.

Ressalvada a hipótese da partilha amigável de que agora tratam os §§ 1º e 2º do art. 610 do novo Código de Processo Civil (partilha celebrada por escritura pública, entre herdeiros capazes, a qual, como *negócio jurídico* se sujeita às regras da Parte Geral do Código Civil sobre invalidades), não mais parece adequado, todavia, aludir-se à “ação de nulidade de partilha”, conquanto a expressão seja largamente empregada na doutrina e na jurisprudência. As nulidades que possam ter atingido a partilha amigável objeto de homologação judicial (por exemplo, a incapacidade absoluta de herdeiro) hão de ser discutidas em ação rescisória (Antonio Carlos Marcato, *Procedimentos Especiais*, nº 143, pág. 178), assim como aquelas, de natureza processual, que digam respeito ao processo do inventário ou à sentença que julgou a partilha (CPC, art. 658, nº II). Se, todavia, a partilha deixou de contemplar algum herdeiro, cabe-lhe propor *ação de petição de herança* (nº 436, *supra*): “(...) a ação de quem não participou da partilha não se destina a anular ou a declarar a nulidade da mesma, mas sim a obter diretamente dos herdeiros o bem da vida que tocara ao autor da ação” (Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários...*, cit., nº 97). Quem, por qualquer motivo, se viu excluído do processo de inventário e da consequente partilha, não está sujeito

aos efeitos da sentença que a julgou (novo Código de Processo Civil, art. 506); logo, para ele, não há “qualquer necessidade de ação destinada à declaração da nulidade do próprio ato da partilha” (*idem*, ob. cit., nº 98).

Muito corretamente, o Superior Tribunal de Justiça, a esse respeito, já teve a oportunidade de decidir, em acórdão de 21 de fevereiro de 1995, que “julgados procedentes os pedidos formulados em sede de ação de investigação de paternidade cumulada com petição de herança, disso resulta lógica e automática a nulidade da partilha realizada sem a presença e participação do autor vitorioso, afigurando-se dispensável a propositura de ação específica que tenha por objeto apenas vê-la reconhecida expressamente”, acrescentando, naquela oportunidade, que “a execução da decisão de procedência proferida em autos de petição de herança faz-se, como regra, por meio de simples pedido de retificação de partilha, uma vez que a sentença homologatória de partilha não faz coisa julgada em relação ao herdeiro não convocado ao processo de inventário (art. 472, CPC [de 1973])” (REsp. nº 16.137-SP, *Revista Forense* 339/281 e *RSTJ* 74/204).

Como sustentado em edições deste volume anteriores ao Código Civil de 2002, em tais casos o prazo de que dispõe o herdeiro não é o previsto para a ação anulatória, nem aquele fixado para a rescisória, mas sim o de prescrição *longi temporis*, que, no sistema da lei em vigor, é de dez anos (art. 205), e não mais o vintenário do anterior diploma (art. 177) (Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 24.8, pág. 422).

Se caso for de anulabilidade e não de nulidade da partilha amigável, é lícita a confirmação pelos interessados, não ocorrendo o mesmo se atingida de nulidade, pois que o ato nulo não se ratifica,¹⁵³ como decorre dos dispositivos pertinentes inseridos na Parte Geral (arts. 169 e 172).

Anulada a partilha haverá reposição das partes ao *statu quo ante*. Os bens recebidos voltam ao monte para que a nova se proceda. As alienações efetuadas ficam sem efeito; os frutos se restituem desde a celebração do ato se for nula, ou desde a citação se anulável.¹⁵⁴ Se o vício atingir o processo mesmo de inventário, este será renovado e sanada a irregularidade. Se, todavia, o reconhecimento da nulidade se deu como corolário do julgamento da ação de petição de herança, serão respeitadas as alienações feitas, a título oneroso, pelo herdeiro aparente a terceiro de boa-fé (Código Civil, art. 1.827,

parágrafo único). Neste caso, o autor da ação deve ser indenizado (nº 436, *supra*).

Ao se proceder à nova partilha, dever-se-ão incluir nos quinhões dos herdeiros, tanto que ser possam, os mesmos bens que antes os compunham. Mas, se houver perecido ou deteriorado algum, sem culpa, o prejuízo é de todos e não do que havia recebido, prevalecendo a regra *res perit domino*, e donos são os herdeiros em conjunto.¹⁵⁵

Se a partilha amigável incluiu indevidamente bem pertencente a terceiro, e não ao *de cuius*, o negócio jurídico é *ineficaz* perante o proprietário (Clóvis do Couto e Silva, *Comentários ao Código de Processo Civil*, vol. XI, t. I, nº 445), assim como a subsequente sentença homologatória (novo Código de Processo Civil, art. 506). O mesmo raciocínio se aplica à sentença que houver julgado a partilha, nas hipóteses do art. 2.016 do Código Civil ou na do art. 664, § 5º, c/c o art. 665 do novo Código de Processo Civil. Abre-se ao proprietário, em todos esses casos, a possibilidade de valer-se da ação reivindicatória.

¹ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.425.

² O novo Código de Processo Civil expressamente dispôs que o pagamento de valores de que trata aquela lei não dependerá de inventário ou arrolamento (art. 666).

³ Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. III, nº 784; Carlos Maximiliano, *ob. cit.*, nº 1.429; Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários ao Código de Processo Civil* [de 1973], comentário ao art. 983, nº 9.2.

⁴ Itabaiana de Oliveira, *ob. cit.*, nº 776.

⁵ Itabaiana de Oliveira, *ob. cit.*, nº 777.

⁶ Carlos Maximiliano, *ob. cit.*, nº 1.424.

⁷ Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 106.

⁸ Itabaiana de Oliveira, *ob. cit.*, nº 792; Carlos Maximiliano, *ob. cit.*, nº 1.432.

⁹ Carlos Maximiliano, *ob. cit.*, nº 1.433.

¹⁰ Astolpho Rezende, *Manual Lacerda*, vol. XX, nº 77.

¹¹ Astolpho Rezende, *ob. cit.*, nº 84.

¹² Anna Maria Villela, *Transmission d'Hérédité...*, pág. 69.

¹³ Carlos Maximiliano, *ob. cit.*, nº 1.440.

¹⁴ Astolpho Rezende, *Manual Lacerda*, vol. XX, nº 83.

- 15 Cf., sobre a alienação de bens: Coelho da Rocha, *Instituições...*, § 475; Astolpho Rezende, ob. cit., nº 94; Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários...*, nº 34.
- 16 Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários...*, loc. cit.
- 17 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.437.
- 18 Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.605.
- 19 Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 220.
- 20 Itabaiana de Oliveira, *Tratado...*, vol. I, nº 109.
- 21 Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.612; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, vol. I, § 83.
- 22 “Não é inconstitucional a multa instituída pelo Estado-membro, como sanção pelo retardamento do início ou da ultimação do inventário” (*Súmula da Jurisprudência Predominante do Supremo Tribunal Federal*, nº 542).
- 23 Astolpho Rezende, *Manual Lacerda*, vol. XX, nº 79.
- 24 Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 108.
- 25 Clóvis Beviláqua, loc. cit.
- 26 Astolpho Rezende, ob. cit., nºs 97 e segs., estende-se sobre o que constitui “alta indagação” com apoio nos praxistas e na jurisprudência. Para um panorama da jurisprudência formada durante a vigência do Código de 1973 (e ainda útil na interpretação do art. 612 do diploma de 2015), veja-se Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários ao Código de Processo Civil* [de 1973], comentário ao art. 984, nº 13.
- 27 Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.630.
- 28 Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 888; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.452.
- 29 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 904; Angelina Mariz de Oliveira, “Tributação da Transmissão de Bens por Sucessão Hereditária”, in *Revista Dialética de Direito Tributário*, vol. 68 (maio 2001), pág. 25.
- 30 Contra esse entendimento, porém, Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários...*, com. ao art. 982, nº 4.
- 31 Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 933.
- 32 Colin *et* Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nºs 816 e 818.
- 33 *Idem*, ob. cit., nº 779.
- 34 Cf., a respeito da separação dos patrimônios, De Page, *Traité Élémentaire...*, t. IX, nºs 963 e segs.
- 35 Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, *Curso de Direito Civil*, vol. 6, pág. 334.

- 36 Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.773.
- 37 Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.527.
- 38 Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 829.
- 39 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.537; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LX, § 6.012, nº 4.
- 40 Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 111.
- 41 Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 845.
- 42 Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.549.
- 43 Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 111.
- 44 Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.554; Orlando Gomes, *Sucessões*, nº 246.
- 45 Astolpho Rezende, *Manual Lacerda*, vol. XX, nº 203.
- 46 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 1.040.
- 47 *Comentários...*, comentário ao art. 1.994, nº 2.
- 48 De acordo: Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, comentário ao art. 1.994; Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, *Curso de Direito Civil*, vol. 6, pág. 325; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 22.6; Maria Berenice Dias, *Manual das Sucessões*, nº 64.6; Luiz Paulo Vieira de Carvalho, *Direito das Sucessões*, pág. 902.
- 49 Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.601
- 50 Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 772.
- 51 Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 2.797; Pierre Voirin e Gilles Goubeaux, *Droit Civil*, t. II, nº 500. O atual direito francês admite a convenção de indivisão também por tempo *indeterminado*, caso em que pode o interessado requerer a partilha a qualquer momento, exceto se formulado o pedido de má-fé ou inoportunamente (“à *contretemps*”), cabendo ao juiz reprimir a iniciativa abusiva: cf. Michel Grimaldi, *Droit Civil – Successions*, nº 843.
- 52 Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 296; Giuseppe Azzariti, “*La divisione*”, pág. 397.
- 53 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 84.
- 54 Astolpho Rezende, *Manual Lacerda*, vol. XX, nº 120.
- 55 De Page, *Traité...*, t. IX, nºs 1.069 e 1970; Ruggiero e Maroi, loc. cit.; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 84; Vialleton, *Les Successions*, pág. 117; Pontes de Miranda, *Comentários ao Código de Processo Civil* (de 1973), t. XIV, nº 4, pág. 8.

- 56 Sobre a subsistência, no sistema do novo Código de Processo Civil, do conceito de jurisdição contenciosa (por oposição à jurisdição “voluntária”), veja-se, neste volume, a “Introdução”.
- 57 Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 103; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.747.
- 58 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 104; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.461; Planiol, Ripert et Boulanger, ob. cit., nº 3.107; De Page, ob. cit., nº 1.373; Capelo de Sousa, *Lições de Direito das Sucessões*, vol. II, págs. 357 e segs.; Pierre Voirin e Gilles Goubeaux, *Droit Civil*, t. II, nºs 611 e segs.; Michel Grimaldi, *Droit Civil – Successions*, nºs 911 e segs. Para a doutrina formada à luz do novo Código Civil, Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários*, comentários aos arts. 2.013 e 2.023; Ana Luiza Maia Nevares, *A Função Promocional do Testamento – Tendências do Direito Sucessório*, p. 186.
- 59 Vejam-se, ainda, as considerações de Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 299.
- 60 Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., nº 1.633.
- 61 Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 84.
- 62 Colin et Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 732.
- 63 Bonfante, *Instituciones de Derecho Romano*, trad. espanhola da 8ª ed., § 215.
- 64 Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 112; Coelho da Rocha, *Instituições de Direito Civil*, § 478; Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 835; Astolpho Rezende, *Manual Lacerda*, vol. XX, nº 208; Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.566; Mazeaud, Mazeaud et Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.634; De Page, *Traité Élémentaire...*, t. IX, nº 1.169; Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, vol. I, § 84; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I, § 88.
- 65 Planiol, Ripert et Boulanger, ob. cit., nº 2.941; Mazeaud et Mazeaud, ob. cit., nº 1.640; De Page, ob. cit., nº 1.177; Ruggiero e Maroi, ob. cit., § 84.
- 66 É irrelevante o fato de o beneficiário da colação ter nascido somente após a doação feita aos co-herdeiros: assim decidiu a 3ª Turma do STJ, em sessão de 19.05.2015 (REsp nº 1.298.864-SP).
- 67 Sobre o dever, imposto ao cônjuge supérstite, de colacionar os bens que lhe foram doados, vejam-se os votos (vencedores) do Ministro João Otávio de Noronha, do STJ, nos REsp nºs 1.430.763-SP (j. em 13.11.2014) e 1.346.324-SP (j. em 19.08.2014).
- 68 De acordo: Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski, “Uma contribuição crítica...”, pág. 451.
- 69 Veja-se também, do mesmo Capelo de Sousa, “Os direitos sucessórios do

- cônjuge sobrevivente”, in *O Direito das Sucessões: do Direito Romano ao Direito Actual*, Boletim da Faculdade de Direito (Universidade de Coimbra), Coimbra, 2006, em especial págs. 1.322 e segs.
- ⁷⁰ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 113; Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 839; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.572. Para o novo Código Civil, Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários*, comentário ao art. 2.002, pág. 756.
- ⁷¹ Ruggiero e Maroi, ob. cit., § 84. A partir de 1975, também no direito italiano o cônjuge passou a se sujeitar à colação: cf. Carraro, *La Vocazione Legittima alla Successione*, nº 19, pág. 76; Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 311.
- ⁷² Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.579; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 23.3.
- ⁷³ Clóvis Beviláqua, loc. cit.
- ⁷⁴ Astolpho Rezende, ob. cit., nº 234.
- ⁷⁵ Planiol, Ripert *et* Boulanger, ob. cit., nº 2.860. Veja-se o acórdão da 3ª Turma do STJ no REsp nº 1.298.864-SP (julgado em 19.05.2015).
- ⁷⁶ Planiol, Ripert *et* Boulanger, ob. cit., nºs 2.848 e segs.; Mazeaud *et* Mazeaud, ob. cit., nº 1.651; De Page, ob. cit., nº 1.183; Vialleton, *Les Successions*, pág. 142.
- ⁷⁷ Astolpho Rezende, ob. cit., nº 227.
- ⁷⁸ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.586; Planiol, Ripert *et* Boulanger, ob. cit., nº 2.878.
- ⁷⁹ De Page, ob. cit., nº 1.232; Baudry-Lacantinerie *et* Wahl, *Successioni*, vol. III, nº 2.795.
- ⁸⁰ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 114; Carlos Maximiliano, ob. cit., nºs 1.592 a 1.595; Coelho da Rocha, *Instituições...*, § 480; Vitali, *Delle Successioni Testamentarie e Legittime*, vol. IV, nº 770; Alberto Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 215.
- ⁸¹ Colin *et* Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 740-B.
- ⁸² Vitali, *Delle Successione...*, vol. VI, nºs 769 e segs.
- ⁸³ Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 363.
- ⁸⁴ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 114; Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nºs 841 e 842; Planiol, Ripert *et* Boulanger, ob. cit., nº 2.895.
- ⁸⁵ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.599.
- ⁸⁶ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 114.
- ⁸⁷ Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, ob. cit., nº 1.648. Sustenta Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 363, que, no seguro de vida, a hipótese é de doação indireta, cujo objeto, todavia, é o prêmio pago ao segurador (que efetivamente saiu do patrimônio do *de cuius*), e não a indenização porventura paga ao

beneficiário.

- 88 A revogação do parágrafo único do art. 1.014 do Código de Processo Civil de 1973 foi também afirmada por Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 2.004, nº 5, mas negada, na vigência daquele diploma, por Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários...*, nº 67.
- 89 No mesmo sentido, Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 2.002, nº 8; Washington de Barros Monteiro e Ana Cristina de Barros Monteiro França Pinto, *Curso de Direito Civil*, 38ª ed., 2011, vol. 6, pág. 339.
- 90 Luiz Edson Fachin e Carlos Eduardo Pianovski, “Uma contribuição crítica...”, pág. 458.
- 91 Muito impropriamente, diz o art. 639 do novo Código de Processo Civil: “se [o herdeiro] já não os *possuir*” (*sic*).
- 92 Planiol, Ripert *et* Boulanger, ob. cit., nº 2.908.
- 93 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 838.
- 94 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 115; Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 838; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.606. Para o novo Código Civil, Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, comentário ao art. 2.003.
- 95 Zeno Veloso (*Comentários*, com. ao art. 2.004, nº 7) criticava a solução do Código Civil de 2002, manifestando o entendimento de que “o correto e mais justo seria manter o que dizia o art. 1.014, parágrafo único, do CPC [de 1973], e estabelecer que os bens seriam conferidos na partilha pelo valor que tiverem ao tempo da abertura da sucessão, abatidas, é claro, as acessões e benfeitorias que o donatário realizou”. Com o advento do Código de Processo Civil de 2015, restaurou-se a regra que aquele autor reputava a mais adequada.
- 96 Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 2.004, nº 8; Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários...*, nº 67 (“Para valer o que está escrito, nestas situações, é necessário que o valor atribuído pelo doador, seja certo ou estimado, tenha um mínimo de razoabilidade”). Deve-se atentar em que, vigente o novo Código de Processo Civil, o que importa é o valor que os bens doados tinham “ao tempo da abertura da sucessão” (art. 639, parágrafo único).
- 97 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 115; Enneccerus, Kipp y Wolff, *Derecho de Sucesiones*, vol. I § 88. Para o novo Código Civil, v. Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários...*, com. ao art. 2.012.
- 98 Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 837.
- 99 Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 115, nota 5.
- 100 Clóvis Beviláqua, §§ 83 e 112; Carlos Maximiliano, nº 1.588; Teixeira de Freitas, *Consolidação*, art. 1.198, nota 3.

- ¹⁰¹ Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.716.
- ¹⁰² Clóvis Beviláqua, *Direito das Sucessões*, § 104.
- ¹⁰³ De acordo, na vigência da Lei nº 11.441: Antonio Carlos Matteis de Arruda, “O inventário e a partilha...”, pág. 801.
- ¹⁰⁴ Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 3.029; De Page, *Traité...*, t. IX, nº 1.017.
- ¹⁰⁵ Ruggiero e Maroi, *Istituzioni...*, § 83.
- ¹⁰⁶ Astolpho Rezende, *Manual Lacerda*, vol. XX, nº 128; Itabaiana de Oliveira, *Tratado de Direito das Sucessões*, vol. III, nº 916.
- ¹⁰⁷ Na hipótese do art. 665 do novo Código de Processo Civil, admite-se a adoção do procedimento abreviado (arrolamento), mas a partilha será *judicial*, como se extrai, com clareza, do art. 664, § 2º.
- ¹⁰⁸ Astolpho Rezende, *Manual Lacerda*, vol. XX, nº 130. Valem, ainda hoje, as sábias palavras de Pontes de Miranda, escritas ao tempo do Código Civil de 1916: “A igualdade ‘maior possível’ a que se refere a lei é a igualdade que não prejudicaria a algum dos herdeiros; é igualdade que sirva, e não que dessirva; é igualdade que atende às circunstâncias e aos bens do monte, e não igualdade cega; é a igualdade que respeita as regras que recomendam não se fragmentar demasiado a propriedade, nem se darem dois bens em comum a dois herdeiros, se melhor seria dar um a um herdeiro e o outro a outro” (*Tratado de Direito Privado*, t. LX, § 6.024, nº 4).
- ¹⁰⁹ Cf., a respeito, Astolpho Rezende, ob. cit., nºs 137 e 141.
- ¹¹⁰ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LX, § 5.993, nº 1: “Seria absurdo que pudesse o pai fazer a partilha, e não no pudesse a mãe. Ainda mais: em vez de pai, havemos de entender qualquer ascendente, uma vez que se não prejudique a porção necessária.”
- ¹¹¹ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 104; Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, ob. cit., nº 1.804.
- ¹¹² Cf. Colin *et* Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 1.217.
- ¹¹³ Irmãos Mazeaud, ob. cit., nºs 1.807 a 1.812; Astolpho Rezende, ob. cit., nº 145; Sílvio de Salvo Venosa, ob. cit., pág. 402: “Não pode, portanto, ocorrer partilha do tio para os sobrinhos, ou de qualquer partilhante para estranhos”.
- ¹¹⁴ Ruggiero e Maroi, ob. cit., § 83.
- ¹¹⁵ Clóvis Beviláqua, ob. cit., § 104; Carlos Maximiliano ob. cit., nº 1.480; Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 945; Teixeira de Freitas, *Consolidação*, art. 417, nota 9.
- ¹¹⁶ Astolpho Rezende, ob. cit., nº 146.
- ¹¹⁷ Colin *et* Capitant, *Droit Civil*, vol. III, nº 1.228-A.

- ¹¹⁸ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 956; Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.488.
- ¹¹⁹ Cf. Oliveira Ascensão, *Direito Civil: Sucessões*, nº 212.
- ¹²⁰ Cf., a respeito, Aubry *et* Rau, *Droit Civil*, vol. XI, § 728.
- ¹²¹ Sobre a inovação, veja-se Luciano Vianna Araújo, “Antecipação dos efeitos da tutela no inventário: uma novidade do novo Código de Processo Civil (art. 647, parágrafo único, do CPC)”, in *Novo Código de Processo Civil: Impactos na Legislação Extravagante e Interdisciplinar*, coord. Mirna Ciani e outros, Saraiva, 2016, págs. 313 e segs.
- ¹²² De Page, *Traité...*, t. IX, nº 1.031.
- ¹²³ Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.728.
- ¹²⁴ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 850; Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 3.132; Zeno Veloso, *Comentários...*, com. ao art. 2.019.
- ¹²⁵ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.473.
- ¹²⁶ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 921.
- ¹²⁷ Caio Mário da Silva Pereira, *Condomínio e Incorporações*, nº 48.
- ¹²⁸ Para uma crítica a essa posição, na literatura mais recente, Oliveira Ascensão, *Direito Civil – Sucessões*, nº 312, e Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 299.
- ¹²⁹ Em alguns ordenamentos jurídicos, há regra expressa: Código Civil francês, art. 883; Código Civil italiano, art. 757; Código Civil português, art. 2.119.
- ¹³⁰ De Page, *Traité...*, t. IX, nº 1.040.
- ¹³¹ Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 209, pág. 508; Giuseppe Azzariti, “*La divisione*”, pág. 467.
- ¹³² Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 969.
- ¹³³ Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 3.175. “Todos os coerdeiros têm de sofrer a perda”, afirma, com a habitual precisão, Pontes de Miranda (*Tratado de Direito Privado*, t. LX, § 6.015, nº 2).
- ¹³⁴ Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 305.
- ¹³⁵ Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.784; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários ao Novo Código Civil*, comentários aos arts. 2.024. e 2.026.
- ¹³⁶ Clóvis Beviláqua, Ruggiero e Maroi, locs. cit.; Eduardo de Oliveira Leite, *Comentários*, comentário ao art. 2.024.
- ¹³⁷ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 981; Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LX, § 6.015, nº 2. Em contrário, De Page, *Traité...*, t. IX, nº 1.439, aconselha estimá-la contemporaneamente à evicção, para que ao evicto assegurem os coerdeiros um direito igual ao seu.

- ¹³⁸ Pontes de Miranda, *Tratado de Direito Privado*, t. LX, § 6.015, nº 3.
- ¹³⁹ Guido Capozzi, *Successioni...*, t. II, nº 305.
- ¹⁴⁰ Astolpho Rezende, ob. cit., nº 298.
- ¹⁴¹ Carlos Maximiliano, *Direito das Sucessões*, vol. III, nº 1.625; Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 982; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 24.7.
- ¹⁴² Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 981.
- ¹⁴³ Aubry *et* Rau, *Droit Civil*, vol. X, § 625; De Page, ob. cit., nºs 1.430-1.431; Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 24.7.
- ¹⁴⁴ Itabaiana de Oliveira, *Direito das Sucessões*, vol. III, nºs 986 e 989; Rossel *et* Mentha, *Droit Civil Suisse*, vol. II, nº 1.184; Coelho da Rocha, *Instituições...*, vol. II, § 494; Clóvis Beviláqua, *Comentários ao Código Civil*, vol. VI, ao art. 1.805; Planiol, Ripert *et* Boulanger, *Traité Élémentaire...*, vol. III, nº 3.185; Mazeaud, Mazeaud *et* Mazeaud, *Leçons...*, vol. IV, nº 1.788; De Page, *Traité...*, vol. IX, nº 1.451.
- ¹⁴⁵ *Direito das Sucessões*, § 110.
- ¹⁴⁶ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.633; Astolpho Rezende, *Manual Lacerda*, vol. XX, nº 311; Carpenter, *Da Prescrição*, nº 253.
- ¹⁴⁷ O art. 1.068 do Código de Processo Civil de 2015 deu nova redação ao *caput* do art. 2.027 do Código Civil de 2002, para compatibilizar a norma com a partilha amigável que independe de homologação judicial, introduzida no direito brasileiro pela Lei nº 11.441, de 4 de janeiro de 2007, e agora prevista no art. 610, §§ 1º e 2º, do novo diploma processual. Em sua redação original, o art. 2.027 se referia, unicamente, à partilha “feita e julgada” (destacamos).
- ¹⁴⁸ No mesmo sentido, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 24.8, pág. 422. Na hipótese da partilha agora prevista nos arts. 610, §§ 1º e 2º, do novo Código de Processo Civil, não há qualquer procedimento judicial, nem, por conseguinte, sentença homologatória do negócio jurídico celebrado entre herdeiros capazes.
- ¹⁴⁹ Paulo Cezar Pinheiro Carneiro, *Comentários...*, vol. IX, t. I, nº 95.
- ¹⁵⁰ Cf. Caio Mário da Silva Pereira, *Lesão nos Contratos*, nº 40, Planiol, Ripert *et* Boulanger, ob. cit., nº 3.188; Mazeaud *et* Mazeaud, ob. cit., nº 1.793; De Page, nº 1.461. Para o novo Código Civil, Sílvio de Salvo Venosa, *Direito Civil: Direito das Sucessões*, nº 24.8, pág. 421.
- ¹⁵¹ A partir da Lei de 23 de junho de 2006, o direito francês deixou de admitir a anulação da partilha pelo fundamento da lesão, abrindo ao prejudicado apenas a possibilidade de pleitear, com base nela, a complementação de seu quinhão

hereditário: cf. Pierre Voirin e Gilles Goubeaux, *Droit Civil*, t. II, nº 625; Marie-Cécile Forgeard, Richard Crône e Bertrand Gelot, *Le Nouveau Droit des Successions et des Libéralités*, nº 247 e segs.; Philippe Malaurie e Laurent Aynès, *Les Successions – Les Libéralités*, nº 1.018.

¹⁵² Trabucchi, *Istituzioni...*, nº 211; Guido Capozzi, *Sucessioni...*, t. II, nº 307.

¹⁵³ Carlos Maximiliano, nº 1.634.

¹⁵⁴ Itabaiana de Oliveira, ob. cit., nº 993.

¹⁵⁵ Carlos Maximiliano, ob. cit., nº 1.632.

APÊNDICE

MESTRE CAIO MÁRIO, 80 ANOS¹

Gustavo Tepedino

1975. O processo de abertura política ainda estava por vir. À falta de partidos fortes, a OAB desempenhava papel decisivo na representação dos anseios populares. Propugnava pelos direitos e garantias individuais, pela democracia sem adjetivos. O governo militar estava decidido a atrelar a OAB ao Poder Executivo. Os advogados resistiram a todas as pressões, negaram-se à submissão, à intervenção federal na entidade. Criara-se o impasse.

O Presidente Geisel, através de seu Ministro do Trabalho, Arnaldo Prieto, propôs ao presidente do Conselho Federal da Ordem uma última alternativa. O governo não interviria na entidade. Mas a Ordem deveria vincular-se formalmente ao Ministério do Trabalho e prestar contas ao Tribunal de Contas da União. O presidente da OAB, porém, mostrou-se irredutível: não poderia aceitar qualquer alternativa à independência. Continuaria prestando contas ao Conselho Federal da Ordem, não a órgão que lhe fosse externo, muito menos ao Poder Executivo. Tal proposta, concluiu o líder dos advogados, representaria para a classe a pior das dependências: a dependência econômica. O governo militar teve que absorver a derrota. A Ordem não transigiu. A resistência democrática haveria de se fortalecer, abrindo caminho para a volta dos exilados, o fim da censura, a Constituinte.

O presidente do Conselho Federal da OAB, à época, era o Professor Caio Mário da Silva Pereira, que completa agora 80 anos. Consultor-geral da República no governo Jânio Quadros, o episódio da Ordem dos Advogados apenas confirma a determinação que o marcou por toda sua vida pública. Jamais o interesse público cedeu a qualquer preocupação ou temor de ordem

pessoal. Mesmo quando a luta pelas liberdades democráticas era tida como inaceitável subversão.

Assim foi que, em 1943, subscreveu o “Manifesto dos Mineiros”, em pleno autoritarismo, quando a política era marcada pelo servilismo, exigindo-se o restabelecimento do regime constitucional.

Mas, se no exercício de funções políticas a discrição levou-o a esquivar-se da ribalta, no âmbito jurídico Caio Mário situa-se entre os mais notáveis e fecundos civilistas brasileiros de todos os tempos. Costuma-se dividir os grandes juristas em germinativos e sistematizadores. Os primeiros lançam sementes, que germinarão no amanhã. Os segundos conseguem dispor, de forma orgânica, normas e conceitos esparsos, permitindo a boa compreensão e aplicação do direito. Caio Mário, como poucos, consegue acumular ambas as vocações. Sua obra mais conhecida, *As Instituições de Direito Civil*, sistematiza, com rara cultura e sentido universalizante, o maior dos ramos do direito.

Suas proposições jurídicas prenunciam tendências, revelam o direito que, colhido da realidade social, é posteriormente captado pelo legislador. Em 1949, por exemplo, sua tese de cátedra, “A Lesão nos Contratos”, sugere a nulidade de cláusulas contratuais fixadas em grande desfavor para uma das partes, de cuja inexperiência se aproveita a outra, obtendo com isso excessiva vantagem econômica. Os tribunais acolheram sua proposta, que se tornou direito vivo. Cinquenta anos mais tarde, o Código do Consumidor consagra sua aspiração.

Ao completar 80 anos, mestre Caio Mário entrega ao prelo substancioso estudo sobre a “Reforma do Direito Civil”, suscitando, mais uma vez, a reflexão dos civilistas, com a insuperável elegância de estilo que caracteriza toda a sua obra. Humanista da melhor estirpe, vem justamente das Minas Gerais, berço privilegiado do humanismo brasileiro.

Após 35 anos de cátedra, Caio Mário é hoje membro titular da Academia Internacional de Direito Comparado, com sede em Paris. A refinada sensibilidade do jurista o animaria, ainda, em sua gestão na Ordem, a inaugurar o busto de Rui Barbosa, no Palácio da Paz em Haia, fixando no cenário internacional o símbolo da cultura jurídica brasileira.

Um crítico da poesia francesa, costejando as obras de Victor Hugo e

Lamartine, diferenciou-os dizendo que o primeiro representava uma posição e o segundo uma presença. Posição, pela densidade literária e pujança do estilo. Presença, pela vitalidade e sutileza do texto. No panorama brasileiro, não é exagero afirmar que mestre Caio Mário consubstancia posição e presença. Posição, tendo em conta a profundidade de sua doutrina, a atuação como homem público e a quantidade de discípulos. Presença, pela atualidade de sua obra e dinamismo pelo qual continua a congregar plateias. Professor Caio Mário da Silva Pereira, o civilista, o advogado, o homem público, o humanista. Uma posição e uma presença.

¹ Publicado na página de opinião do jornal *Estado de Minas*, em 9 de março de 1993.

Sapere aude

exemplar genérico

A numeração das páginas não
corresponde à paginação original